

El concurso de acreedores en el anteproyecto de reformas al Código Civil del Dr. Juan A. Bibiloni

I

La necesidad de una legislación de fondo que regule el fenómeno económico de la insolvencia de los no comerciantes así como tenemos la que regula la insolvencia del comerciante, está fuera de toda controversia. Una ley de esa índole serviría de eficaz medio de protección del crédito, permitiendo que, en un momento dado, cuando los bienes del deudor no sean suficientemente realizables como para atender las prestaciones que debe cumplir, se pueda disponer de la totalidad de ese patrimonio para hacer efectivo el principio de que los bienes del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores.

Pero, si esa legislación es reclamada con singular unanimidad, el desacuerdo surge cuando se trata de fijar su esfera de aplicación; en otros términos, cuando se trata de establecer si la insolvencia de los que no ejercen una actividad mercantil debe ser legislada separadamente de la de los comerciantes, o si, por el contrario, debe llegarse a la unidad legislativa en materia de concursos de acreedores.

El pensamiento dominante, tanto en la doctrina como en la legislación, es francamente favorable a la unidad. Los países de vida económica más intensa y adelantada, en donde el crédito se ha desenvuelto con extraordinaria amplitud, gobiernan por una sola ley la insolvencia de cualquier deudor. Nosotros hemos sostenido la necesidad de esa unificación, ⁽¹⁾ demostrando, entre otras cosas, que el fenómeno económico de la insolvencia es el mismo cual-

(1) Ver nuestra monografía "Legislación Uniforme para Concursos Civiles y Comerciales" en Rev. de la Universidad de Córdoba. Año 1928.

quiera sea la condición profesional del deudor, y que, por ende, una misma ley debe regularlo. El autor del anteproyecto de reformas al Código Civil, — cuyo breve examen del capítulo sobre Concurso de Acreedores nos proponemos hacer — también se manifiesta partidario de la unificación y afirma que ya esa unidad había sido sancionada por nuestra Constitución (2). Este concepto lo deduce del examen del Art. 67, Inc. II, según el cual, corresponde al Congreso “especialmente” dictar “leyes generales para toda la Nación... sobre bancarrotas”; y como, según lo entiende el erudito autor del anteproyecto, siguiendo la opinión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el término bancarrota es sinónimo de insolvencia, al atribuirse al Congreso la facultad exclusiva de dictar la ley general para toda la Nación sobre bancarrota, quedó así establecido en la Carta fundamental del país, el principio de la unidad legislativa sobre concurso de acreedores. Pensamos, sin embargo, que esa unidad no surge de la Constitución.

Hay aquí, a nuestro juicio, un error originado en la falta de precisión acerca del concepto de bancarrota; este término, como muchos otros que tienen en la técnica del derecho un significado preciso, suele usarse indistintamente para calificar cualquier estado de los que impiden hacer frente a obligaciones exigibles. Podría afirmarse, acerca de esta imprecisión de conceptos, siguiendo el pensamiento de Gustavo Bonelli, que nosotros somos, más o menos inconscientemente, víctimas del “polisenso”. Los conceptos que responden a las palabras “bancarrota”, “cesación de pagos”, “insolvencia”, etc. no se emplean con exactitud, sino que ondulan en la mente del jurista que las utiliza, ora adjudicándoles un significado, ora otro, afin, pero no perfectamente idéntico, con tal que se preste gentilmente a la tesis que se desea sostener. De aquí resulta que toda discusión es infecunda si no se fija exactamente el significado de las palabras; es, pues, evidente la necesidad de uniformar el lenguaje, dando, a los términos técnicos el significado preciso y limitado que la ciencia del derecho les ha atribuido.

Técnicamente, el término *bancarrota* no es sinónimo de *insolvencia*. Desde sus orígenes aquella palabra expresó la insolvencia fraudulenta en que caía un deudor imposibilitado de pagar sus

(2) Anteproyecto de Ref. al Código Civil. Vol. II, pág. 273.

obligaciones; el rigor en el juzgamiento de la persona que llegaba al estado de insolvencia, hacía que esta situación fuera siempre considerada como el producto de actos fraudulentos y de ahí las severas sanciones penales que se imponían al deudor. La noción de la bancarrota era, entonces, la de un género particular de delito. Cuando, con el variar de las concepciones jurídicas se dejó de ver un delincuente en cada deudor que no podía pagar, se introdujo en la terminología una variación respondiente a aquel cambio de concepto: el término *quiebra* o *falencia*, significó, de un modo genérico, la situación de aquel que, por cualquier causa, llegaba a la imposibilidad económica de cumplir la contraprestación a que se obligó en sus operaciones de crédito. Ahora bien, como era posible que a esa situación se llegase por culpa o fraude del deudor, el estado de quiebra venía a funcionar de elemento constitutivo de un delito, el delito de *bancarrota* ⁽³⁾.

La Bancarrota es pues, un *crimen extraordinarium sui generis*, consagrado después de una evolución secular que deslindó y separó en forma definitiva los elementos de derecho privado y de derecho público en materia de insolvencia del deudor". ⁽⁴⁾

El concepto que hace de la *bancarrota* un delito especial en conexión íntima con un hecho de naturaleza civil como es la quiebra, ⁽⁵⁾ tiene el apoyo de toda la doctrina comercialista extranjera. Massé, que escribió su obra hace tres cuartos de siglo, afirma que la *bancarrota* es el estado de un comerciante en quiebra, al cual se le pueden imputar hechos de negligencia, imprudencia, inconducta o fraude. ⁽⁶⁾

De manera que, cuando la quiebra es el resultado de aconteci-

(3) Ch. Lyon Caen et L. Revault: "Traité de Droit Commercial, 4^a Ed. Vol. VII, N° 1 y Vol. VIII, N° 935. — Alfredo Rocco: "Sul concetto giuridico della bancarrota", en Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle obbligazioni de Sraffa y Vivante, año 1911, pág. 404 y siguientes.

(4) Emil Stanislaw Rappaport: "La Banqueroute dans la Legislation Moderne Comparés". Traduc. Henri Koral, pág. 25.

(5) Gustavo Bonelli: "Del Fallimento", Vol. III, pág. 303.

(6) M. G. Massé: "Le Droit Commercial dans ses rapports avec le Droit de Gens et le Droit Civil", Vol. II, pág. 398; mas concretamente, ya había dicho en la página 303, después de dar una definición de la quiebra: "Se sigue de esta definición, que existen dos especies de falencia: una, en la cual el deudor ha caído simplemente en desgracia, la otra, producida por su culpa. En nuestro derecho, el deudor desgraciado toma el nombre genérico de fallido: el deudor culpable toma el calificativo de *banqueroutier*, *bancirruptor*. La quiebra simple es un hecho puramente civil; la *bancarrota*, al contrario, es un delito".

mientos imprevistos o de hechos no imputables a culpa o fraude del deudor, no existe *bancarrota*. (7). Y Fernando Puglia, en un interesante estudio del problema, (8) define la *bancarrota* como un delito contra la *actividad patrimonial*.

Podemos pues, sintetizando, afirmar que la *bancarrota* es un delito de naturaleza especial, que surge en base a una presunción de la ley: producida la quiebra de una persona y cumplidos determinados hechos que la misma ley prevé, la falencia entra en la esfera del derecho penal, y se produce así, el caso de *bancarrota*.

La quiebra funciona entonces, de elemento esencial para la existencia del delito. De aquí se sigue que no existe el delito de *bancarrota* si no hay quiebra judicialmente declarada; pero no todo estado de quiebra hace nacer la *bancarrota*. Es, pues, un error confundir en un mismo significado, los términos *quiebra* y *bancarrota*. Nuestro Código de Comercio no ha rotulado, es cierto, con la palabra *bancarrota*, el Capítulo de su Libro IV que trata de la quiebra culpable o fraudulenta — y talvez, de aquí nace la confusión — pero ha legislado estos casos de la misma manera en que lo han hecho los Códigos de Italia y Francia, p. e., cuya doctrina hemos resumido. Lógicamente, entonces, el concepto que debe extraerse del derecho positivo argentino es el mismo que domina en el derecho extranjero: la *bancarrota* es un delito que existe en algunos casos de quiebra.

Resulta así, que la unidad legislativa sobre concurso de acreedores, no se ha establecido en la Constitución Nacional; aquella cláusula del Inciso II, Art. 67, que habla de la ley de *bancarrota*, fué un agregado accidental, puesto al copiarse el Modelo norteamericano, pero sin un fin preconcebido; y se explica que así sea, puesto que habiéndose resuelto en el mismo inciso la unidad de la legislación de fondo para todo el país — a diferencia de la Constitución Americana que con un sentido más acentuado del federalismo dejó esa materia a las Legislaturas locales, — no tenía para qué ocuparse luego, de un modo especial, de la ley de *bancarrota*, ya

(7) Véase: Umberto Navarrini: "Tratatto Teor. Prar. di Diritto Commerciale", Vol. VI, págs. 337 y sgts.; Thaller: "Traité Elem. de Droit Comm.", 6ª Ed. N° 2163; A. Ramella: "Trattatto del Fallimento", Vol. II, N° 642 y sgts. Cuzziari Cicu: "Del Fallimento", en Il Codice di Comm. Comentato, N° 1059 y sgts.; Umberto Pipia: "Tratatto di Diritto Comm.", Vol. V. N° 988, etc.

(8) Ferdinando Puglia: "Del Reato di Bancarrota". 1886, pág. 7.

que ésta no puede ser sino una parte de aquella legislación substantiva. Esta es, también, la opinión autorizada de Osvaldo Magnasco, emitida en una preciosa epístola ⁽⁹⁾ que dirigió al Dr. Eduardo M. Naón con motivo de su libro "Ley de Bancarrotas de los Estados Unidos de América". Decía Magnasco, refiriéndose, precisamente, a la cláusula del Inciso II que habla de la ley de bancarrotas, que ella era "un inútil injerto sajón, en la tradición, rigurosamente latina en este particular, de nuestra Constitución, una verdadera redundancia, acaso fruto de una inadvertencia en la copia del modelo.".

Pero, si la unidad legislativa sobre concurso de acreedores no ha sido fijada en nuestra Constitución, la aconsejan, en cambio, razones fundamentales de orden científico y práctico. El concepto económico y el concepto jurídico de la quiebra son perfectamente aplicables al concurso civil de acreedores, según lo demostramos en nuestro trabajo anteriormente citado; el fenómeno que se trata de someter a normas legales es uno solo, la insolvencia de un deudor, y en la valoración de ese fenómeno no interesa cual sea la condición profesional del insolvente: comerciante o no, la ley debe preocuparse tan sólo de la protección del crédito. Esa protección se puede hacer efectiva mediante una ley única, aplicable a toda clase de deudores.

Del principio de la unidad es también partidario, según dijimos, el Dr. Bibiloni, para quien resulta "incomprensible que la Nación haya limitado a los comerciantes su ley de liquidación judicial. . .". (pág. 273). Ahora bien, si éste es su pensamiento, ¿cómo se explica que proyecte una legislación especial para los concursos civiles dejando al margen los concursos comerciales? Es verdad que, según el Art. 1° del Título XIV de su anteproyecto se unifica un aspecto del problema, el que se refiere al Concordato Preventivo; pero, en cambio, se crea todo un sistema de normas destinado a regir la falencia de los no comerciantes. ¿Cómo justificar este dualismo?

Pensamos que debe excluirse, sin ninguna vacilación, del Código Civil, toda esta materia; que debe unificarse la legislación sobre concurso, para lo cual bastaría con extender la aplicación de

(9) "La Nación", 4 de Mayo de 1924, dió a la publicidad esa carta.

la ley de quiebras a los no comerciantes. Ninguna objeción seria puede hacerse a este criterio. No debe llamar la atención que el Código de Comercio — al cual siempre perteneció la legislación de la quiebra — venga a regir la insolvencia del que no ejerce una actividad mercantil.

Casi puede afirmarse que desde que el Derecho Comercial se formó como rama separada del Derecho Civil, hasta nuestros días, siempre han estado sometidas a la legislación y jurisdicción comercial todas las personas que, sin ser comerciantes, realizan algún acto de comercio o contratan con un comerciante (Código de Comercio Francés, Art. 631, Inciso 3°; Código Alemán, Art. 345; Código Italiano, Art. 869, Inciso 1°; Código de Chile, Art. 1°; Código Argentino, Arts. 6° y 7°, etc.); crear, pues, una nueva causa de aplicación de este derecho a los no comerciantes no importa obrar en un terreno desconocido ni introducir innovaciones de dudosa eficacia práctica. Es tan sólo ampliar el radio de aplicación de una institución Jurídica, a relaciones de naturaleza idéntica a las que aquélla reglamenta, haciendo que sus beneficios se extiendan al mayor número de personas.

Por otra parte, cuando se produce la quiebra de un comerciante quedan sujetos a la ley respectiva todos sus acreedores, incluso, por cierto, los civiles; un sólo tratamiento, emergente de la ley comercial de quiebras, se aplica a civiles y comerciantes; y si la ley de quiebras se aplica a los acreedores civiles de un deudor comerciante, ¿por qué no ha de aplicarse a un deudor civil que sin duda contará en su pasivo con una buena mayoría de acreedores comerciantes?

Pequeñas diferencias de situaciones en que ambas categorías de deudores puedan encontrarse por razón de sus peculiares actividades, se salvan con facilidad en la misma ley, mediante adecuadas disposiciones: ningún obstáculo serio se opone a eso que sería una obra de progreso legislativo: la unificación del derecho positivo sobre concurso de acreedores. Esta unificación, talvez fuese el comienzo de una obra más grande y de mayor trascendencia social: la unificación del derecho privado en la rama de obligaciones. ⁽¹⁰⁾ El derecho civil obligatorio y el comercial no son materias diversas;

(10) Ver nuestra "Introducción" en el trabajo anteriormente citado.

por el contrario, tienen un mismo contenido económico, una misma finalidad y un idéntico objeto: todo lo que tiene un valor apreciable en dinero puesto al servicio de la actividad humana en sus variadas formas.

El derecho Civil obligatorio y el Comercial se integran recíprocamente; existen sociedades civiles que se gobiernan exclusivamente por el Código de Comercio con tal que asuman la forma de una sociedad anónima (Art. 282 del C. de C.); he aquí el caso típico de un instituto de carácter civil sometido a la legislación del comercio. Y si ésta puede regir todo el desarrollo de Sociedades que no ejercen el comercio, bien puede también gobernar la insolvencia de los no comerciantes. La Ley Mercantil rige, en fin, la liquidación de todas las sociedades civiles (Art. 1777 del C. C.). Esta interacción recíproca, es prueba de la especial afinidad de los principios que alimentan a ambas ramas del derecho privado y permite pensar en su unificación como en algo que sólo espera formar la conciencia de los juristas para alcanzar su efectividad.

II

Entrando a un examen de los principales lineamientos del anteproyecto sobre concurso, señalaremos, aunque en forma sintética, algunos errores que será necesario salvar, en el supuesto de que la Comisión no se decidiese por suprimir ese título y aconsejar, lisa y llanamente, la unificación de esta materia en la forma en que lo hemos sostenido en párrafos precedentes.

Se fijan, en el proyecto, dos caminos por los cuales puede llegarse al Concurso: a) : por pedido del propio deudor, y b) : a iniciativa de cualquier acreedor. El primer caso no ofrece ninguna dificultad: nadie mejor que el deudor sabe cuándo no podrá cumplir sus obligaciones; pero, el Art. 2°, que se refiere a este caso, dispone la procedencia del concurso cuando lo solicita el deudor, o cuando *cede sus bienes* judicialmente a sus acreedores. ¿Qué diferencia existe entre esta cesión y el simple pedido de apertura del Concurso? En ninguna parte del proyecto se reglamentan los efectos de esta cesión y si nos atenemos a la explicación dada por el autor en la nota respectiva, ella no es otra cosa que la apertura

de un concurso. Luego, una de dos: o es un simple concurso, y entonces la cláusula es redundante, o bien se trata de una verdadera cesión de bienes con efecto cancelatorio de las deudas, y consiguiente liberación del deudor, y entonces es indispensable reglamentarla por lo menos en sus efectos, ya que, en cuanto a sus formas, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 24, podrían aplicarse las disposiciones de la ley de quiebras, relativas a la adjudicación de bienes.

Más delicada es la cuestión tratándose del derecho de los acreedores a solicitar la apertura del concurso. Todas las leyes de quiebras de tipo latino, — a las cuales pertenece la nuestra — y la alemana, han sentado como base o requisito esencial para la procedencia de la declaración de quiebra, que el deudor se encuentre en cesación de pagos; el autor del anteproyecto ha preferido, a este sistema, el casuismo un tanto exótico de las legislaciones inglesa y norte-americana.

Pero, si aquellas leyes están de acuerdo en cuanto a la exigencia de la cesación de pagos, dominan, entre los tratadistas que las han estudiado, las más opuestas ideas acerca del concepto mismo de cesación de pagos. Los escritores franceses entienden por *cesación de pagos*, “el hecho de no pagar las deudas exigibles” (11) y este concepto lo recoge el Dr. Bibiloni, arriesgando la afirmación de que “todo el mundo está de acuerdo en que la cesación de pagos es la manifestación externa de la insolvencia” (pág. 278) es decir, no es sino, el incumplimiento de una obligación. Esta noción es perfectamente errada, y sólo están de acuerdo con ella los franceses y los que, siguiéndola, desconocen el verdadero concepto científico de cesación de pagos.

La escuela francesa confunde en un solo significado, dos expresiones de sentido completamente distinto: *la cesación de pagos* con el simple *incumplimiento* de obligaciones. El incumplimiento es un hecho o un fenómeno exclusivamente jurídico, al par que la cesación de pagos es un fenómeno esencialmente económico: aquél es un *hecho*; éste es un *estado* patrimonial, (12); el primero puede

(11) Thaller, ob. cit., pág. 999. — Ch. Lyon Caen et L. Renault: ob. cit. Vol. VII, pág. 56 y gtes. — Massé: ob. cit., Vol. II, pág. 304 y sgtes.

(12) Rocco: “Il Fallimento”, pág. 6; Bonelli: ob. cit., Vol. I, pág. 57; Ramella: ob. cit., Vol. I, pág. 157; Navarrini: ob. cit., Vol. VI, pág. 28; Cuzzi: ob. cit., pág. 17, etc.

originarse en infinidad de causas, muchas de las cuales no autorizarían jamás el procedimiento colectivo que la quiebra determina, al par que la cesación de pagos, que envuelve un concepto único y bien exacto, tiene, cualquiera sean las causas que la provocan, un solo significado, y una vez producida, jamás podría negarse la procedencia de la quiebra.

El estado de cesación de pagos ha sido exactamente definido por Bonelli como la *impotencia de un patrimonio al pago de las deudas* que lo gravan y que se pone de *manifiesto* con hechos o actos idóneos para generar la convicción de esa impotencia, apenas sean conocidos. (pág. 57 y 58). Este concepto, de indiscutible vigor científico, es el único que puede aceptarse y del cual debe partirse para interpretar las disposiciones legales que utilizan aquella expresión. Es cierto que las leyes que requieren para la procedencia de la quiebra, la *cesación de pagos*, no se han detenido a fijar el concepto doctrinario de esas palabras, pero ello es lógicamente explicable, ya que esa determinación no puede ser obra de la ley, sino tarea de la ciencia; a ésta corresponde la elaboración de los conceptos y es, precisamente, con el resultado de la investigación abstracta que se justifican las soluciones concretas. Las expresiones de que la ley se vale tienen siempre un sentido técnico preciso, y es ese sentido el que debe hallarse mediante la investigación.

Ahora bien, si las leyes (sea el Código Francés, el Italiano o el Argentino) que parten del principio de la cesación de pagos para la procedencia de la quiebra hubieran querido referirse, pura y simplemente, al incumplimiento de las obligaciones, habrían sancionado un verdadero despropósito. En efecto, la quiebra es una medida destinada a proteger a la colectividad de acreedores; cuando el patrimonio de una persona se revela impotente al pago de las deudas que lo gravan, toda ejecución individual de los acreedores — que es el procedimiento ordinario para obtener la prestación que dejó *incumplida* el deudor, (caso del simple *incumplimiento*) — pierde su razón de ser y entonces la defensa individual debe reemplazarse por la defensa colectiva única capaz de hacer efectivo el principio de la *par conditio creditorum*, — esencial en las relaciones de todos aquellos que dispensaron su confianza al deudor común — principio que se halla amenazado sólo cuando la impotencia del patrimonio, de que hablábamos hace un instante, se ha puesto de

manifiesto. Pero, mientras esto no ocurra, mientras la realizabilidad de los bienes del deudor marche pareja con la exigibilidad de sus deudas, el simple incumplimiento no puede autorizar el procedimiento colectivo de la quiebra: lo contrario importaría, como dijimos, un verdadero despropósito.

Insistimos, pues, en que una cosa es el incumplimiento de una obligación, y otra, distinta, la cesación de pagos; tales diferencias resultan de las propias leyes que parten de esta última noción para hacer viable la quiebra. En efecto, si esas dos expresiones fuesen idénticas, ¿cómo se explicaría la declaración de quiebra *de oficio*, que autoriza el Art. 440 del C. de C. Francés, 684 del Italiano y el 1379 del nuestro? Si la cesación de pagos es el incumplimiento y aquélla es esencial para la procedencia de la quiebra, lógicamente no puede haber quiebra sin incumplimiento de una obligación; luego la quiebra de oficio no podría existir. A menos que se quisiera, — como dice Navarrini, pág. 29 — dar, en este caso, un significado distinto a la cesación de pagos, — lo que es irracional — o que la quiebra puede declararse sin que exista cesación de pagos. La verdad es que el concepto necesariamente único de la cesación de pagos, no puede ser otro que el de la incapacidad del patrimonio — por falta de oportuna realización — para hacer frente a las deudas que lo gravan.

Están, pues, en error los tratadistas franceses y quienes los siguen, cuando afirman que la cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento. No, el incumplimiento es el signo exterior más común, pero no único, con el cual se pone de manifiesto *el estado de cesación de pagos*, sirve para revelarlo, y es por ello que nuestra ley, por ejemplo, autoriza la declaración de falencia mediante un pagaré protestado (Art. 1430); pero aquí la ley atribuye al incumplimiento de la obligación, el alcance de un mero elemento *presuntivo* de la cesación de pagos, presunción que puede destruirla el deudor probando que el incumplimiento obedece al hecho de tener excepciones que oponer a las exigencias del acreedor. De ahí que el Art. 1426 autorice, también, el recurso de reposición contra el auto que declara la falencia, no obstante haberse dictado en base a una obligación *incumplida*.

Es cierto que en nuestro Código existen disposiciones — la del

Art. 1424, por ejemplo — que demuestran que el legislador no tenía un concepto preciso de la cesación de pagos y que, a veces, la confundía con el incumplimiento; sin embargo, una correcta elaboración doctrinaria, debe fijar el exacto concepto de aquellos términos técnicos, sin dejarse alucinar por los errores o aparentes contradicciones de la ley.

Ahora bien, la *impotencia* del patrimonio para hacer frente a las deudas que lo gravan, — que es en lo que consiste la cesación de pagos — no debe confundirse tampoco, con el desequilibrio aritmético o déficit. El activo de una persona puede ser inferior a su pasivo, — en cuyo caso se dice que hay déficit — y sin embargo no estar en cesación de pagos, con tal que, al tiempo en que debe cumplir sus obligaciones, pueda realizar los valores necesarios para satisfacerlos.

La diferencia entre el activo y el pasivo de un patrimonio, no es sino, un fenómeno puramente *contable*, muchas veces sin ninguna influencia en la vida económica del sujeto, ya que en la determinación numérica del activo no interviene el factor crédito personal, de tanta eficacia en la apreciación de un estado económico y con el cual, en muchos casos, se obtienen los recursos necesarios para afrontar el pago de las deudas.

Del punto de vista económico, — que es el único que se contempla para la procedencia o no de un concurso, — debe tenerse en cuenta, como dice Rocco ⁽¹³⁾ no sólo la *cantidad* de los bienes, sino especialmente, la *realizabilidad* de los valores que constituyen el activo de una persona; de igual modo, no sólo se atenderá a la *cantidad* de los valores que forman el pasivo, sino a los *vencimientos* de las deudas. En consecuencia, — agrega Rocco — puede encontrarse en perfecto estado de equilibrio *económico* (que no debe confundirse con el equilibrio aritmético) aquel deudor cuyo activo inventariado sea inferior al pasivo, pero que puede disponer de un amplio crédito debido a su habilidad de emprendedor, a su capacidad de trabajo, al margen que le dejan los intereses de sus capitales; ya que, la expectativa de bienes futuros que de tal modo se le presenta, es, a su vez, un bien actual, realizable mediante el uso del crédito.

(13) Rocco: "Il Fallimento", pág. 7.

Establecido así, el concepto preciso de la cesación de pagos, parece indudable que, como base para la procedencia de un juicio de concurso de acreedores, sea civil o comercial, es preferible atenderse a aquel concepto ya que proporciona un criterio único y cierto de apreciación como para justificar las medidas severas que un juicio de aquella índole trae aparejadas: el desapoderamiento del deudor con respecto a su patrimonio, sanciones penales, liquidación forzosa de su activo, en fin, una verdadera *capitis diminutio* de su personalidad civil y, a veces, también de su personalidad política.

Partiendo de la cesación de pagos como elemento esencial para la procedencia de la quiebra, la ley debe establecer, como es lógico, si es que no queremos perderlos en abstracciones, ni menos autorizar medidas inquisitivas para indagar la existencia de aquel estado patrimonial, con qué elementos externos debe *presumirse* la cesación de pagos, en forma tal que, producido un determinado hecho, se induzca de él, dicho estado del patrimonio, y se autorice la quiebra, dejando, por cierto, al deudor, el derecho de destruir aquella presunción demostrando que se encuentra en situación económica de cumplir sus obligaciones. ¿Cuáles serán esos hechos externos aptos para inducir la convicción de la impotencia de un patrimonio? El caso más frecuente y normal — dice Bonelli, pág. 60, Vol. I — es que la quiebra sea provocada por los acreedores y la manifestación *típica* del estado de cesación de pagos la proporciona el *incumplimiento*, es decir, la falta de pago oportuno de una o más obligaciones líquidas y exigibles. Estos serían los llamados hechos *indirectos*.

En segundo término, la propia confesión del deudor de no poder cumplir es también un signo evidente de su impotencia patrimonial, prueba directa y explícita, la más eficaz para la procedencia de las medidas colectivas que el concurso implica. La fuga u ocultación del deudor con abandono de sus negocios, en fin, son también hechos externos *directos* que sirven para acreditar el estado de cesación de pagos.

El sistema legal que pone como base para hacer procedente el concurso de acreedores, la *cesación de pagos*, es, a nuestro juicio, muy superior al de la enumeración *casuística* — que sigue el autor del anteproyecto, — siempre incompleta o deficiente y, a veces,

también, demasiado apta para largas y estériles discusiones, o para autorizar medidas inquisitivas contra el deudor. Veamos, si no, el ejemplo que nos da el propio anteproyecto del Dr. Bibiloni. Según el Artículo 3°, el concurso de acreedores procede, a solicitud de acreedor, entre otros casos, Inciso 3°: “Cuando (el deudor) ha convocado privadamente a sus acreedores para examinar el estado de sus negocios... ¿Qué sentido tiene esta causal? El mero examen del estado de los negocios del deudor puede responder a móviles muy diversos, desde el de proponerles un arreglo para el pago de sus deudas, hasta el de conseguir un mayor crédito mediante el mejor conocimiento de sus actividades por parte de sus acreedores; y si el concurso pudiera ser procedente en el primer caso cuando no se llegase a un acuerdo, nunca lo sería en el segundo. Agrega el mismo Inciso: “O cuando ha celebrado con *todos*, o varios de ellos, arreglos extrajudiciales de quita, espera, o cesión de bienes”... etc. Pero, ¿cómo puede abrirse el concurso judicial cuando el deudor ha celebrado arreglos extrajudiciales *con todos sus acreedores*? La frase final del Inciso hace suponer que hay aquí un simple *lapsus*, pero, de todos modos, el error se produce como consecuencia de querer encerrar en la fórmula legal, los diversos elementos con los cuales se acredita la procedencia del concurso.

El Inciso 4° no es más feliz: “Cuando haya efectuado, — dice — en *fraude* de sus acreedores, uno de los actos que pueden ser anulados según las disposiciones de este Código”. La aplicación de este inciso exigiría todo un largo proceso para acreditar el *fraude* del deudor, circunstancia que apareja la total ineficacia del dispositivo. En otros casos, como en el del inciso 5°, “cuando vende a vil precio”, se autoriza una verdadera intervención inquisitorial en los negocios del deudor ya que, para poderse afirmar que ha vendido bienes a vil precio, es indispensable conocer cuál ha sido, a su vez, el precio de compra, ya que no bastaría atenerse a los precios corrientes, puesto que el deudor ha podido adquirir esos mismos bienes a precios muy bajos en forma tal que aún vendiéndolos a vil precio, obtenga una ganancia.

El Inciso 7° es aún menos aceptable: “Cuando se ha ejecutado o ejecuta una sentencia dictada contra él, en juicio ordinario o ejecutivo, por vía de apremio, en sus bienes,” ¿cómo es posible vincular, en todos los casos, la ejecución por apremio, a un estado

de insolvencia patrimonial? Es casi un absurdo darle a la ejecución de una sentencia por vía de apremio, el alcance de prueba plena de impotencia económica. En infinidad de casos aquella ejecución no será sino el efecto de un estado particular de relaciones entre actor y apremiado; y si la sentencia que se ejecuta ha sido dictada en juicio ejecutivo, que son de aquellos que, por su naturaleza, no causan instancia respecto al fondo del derecho que se reclama, la improcedencia de la disposición salta más claramente a la vista. Por otra parte, si la sentencia ha sido ya ejecutada, como lo dice el inciso, ¿qué fundamento podría tener la demanda de concurso y quién estaría en grado de presentarla? Desde luego se supone que no ha de ser el propio acreedor que ya ha ejecutado su sentencia y cubierto por equivalente con los bienes del deudor la prestación que éste no cumplió, puesto que él ha sido *desinteresado*; pero es que tampoco se advierte qué fundamento serio tendría cualquier otro acreedor, para, con el sólo elemento de juicio que emerge de una vía de apremio, solicitar el concurso de un deudor que sigue cumpliendo puntualmente sus obligaciones, que posee bienes realizables en contidad más que suficiente para cubrir sus deudas al vencimiento. No, el concurso, que, como la quiebra, es una defensa contra la insolvencia y no contra el incumplimiento, se halla organizado para la colectividad de los acreedores no para un acreedor en particular; ⁽¹⁴⁾ y sólo cuando los derechos de esa colectividad se hallan amenazados debe darse lugar al procedimiento concursal. Es pues de buena técnica legislativa eliminar todo casuísmo y atenerse a una fórmula más científica como es la de la cesación de pagos. Tan inadecuado y perjudicial es el sistema adoptado en el anteproyecto, que su propio autor se encarga de destruirlo, en el Art. 4°. Aquí se dice que, para la procedencia del concurso a requerimiento de un acreedor, es necesario que el crédito del solicitante se apoye “en título o instrumento que trae o traería aparejada ejecución”. Con esto se dice que no basta que se hayan producido todos o cualquiera de los casos enumerados desde el Inciso 1° al 7° del Art. 3°, sino que, *además*, es indispensable que el crédito de quien pretende la apertura del concurso conste en instrumento que traiga aparejada ejecución. De tal modo entonces, en la mayoría

(14) Bonelli: ob. cit., Vol. I, pág. 68.

de los casos, como el de créditos en cuenta corriente, o en cuenta simple, o cuya existencia conste en un quirógrafo cualquiera de los que no aparejan ejecución — y es sabido cuán limitado es, el número de los títulos que traen aparejada ejecución — no podrá un acreedor solicitar el concurso de su deudor por cuanto se lo impide el Art. 4°. Así, por ejemplo, si un deudor que no ha otorgado ningún título ejecutivo o que puede ser ejecutivo, solicitó la reunión judicial de sus acreedores y en ella se han desestimado sus propuestas, no podría ser declarado en concurso no obstante la afirmación del Inciso 1° Art. 3°, ya que no puede solicitar esta medida ninguno de sus acreedores desde que sus títulos no traen aparejada ejecución. Igual cosa cabe decir respecto de los demás Incisos del Art. 3°. La ineficacia práctica de la enumeración y los inconvenientes que apareja, aconsejan, pues su total eliminación.

Muy superior a todo esto es, como decíamos, poner como base del procedimiento colectivo, la cesación de pagos y, para mayor eficacia del sistema, dar en la ley la fórmula genérica por medio de una definición sintética como lo hizo Gustavo Bonelli en su proyecto de Ley de Quiebras para Italia, (15) cuyo Art. 1° dispone: “Cuando un comerciante se encuentra en estado de cesación de pagos, el Tribunal, a su pedido, o solicitud de uno o más acreedores, o de oficio, lo declarará en quiebra.

“La cesación de pagos se verifica toda vez que, por hechos de incumplimiento o por otros indicios, se pone de manifiesto que el comerciante no se encuentra en situación de hacer frente a sus propias deudas”.

Tal sería, a nuestro juicio, la fórmula eficaz a adoptarse tanto en una ley uniforme sobre concursos, como lo propiciamos, cuanto en una ley especial para los no comerciantes.

III

La Ley de Quiebras vigente ha sido objeto de serias críticas por las muchas deficiencias que contiene; sin embargo, la legislación que se proyecta para los concursos civiles no mejora en nada

(15) En la Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto generale delle Obbligazioni, año 1921, pág. 522, y siguientes, primera parte.

el Instituto. Las escasas disposiciones contenidas en los 24 Artículos que forman el anteproyecto sobre esta materia, no contemplan, o lo hacen con deficiencia, una serie de problemas omitidos o mal reglados en la ley de quiebras, por ejemplo, los efectos de la falencia respecto de los acreedores, sus efectos sobre las relaciones jurídicas preexistentes, lo relativo a la administración de la masa fallida, a su liquidación, a la competencia del Tribunal que debe intervenir, etc. y, lo que es más grave aún, se adopta sin ninguna modificación, todo lo relativo al concordato preventivo, que es, precisamente, la parte de aquella ley que más severas críticas ha suscitado desde su sanción.

Toda ley sobre concurso de acreedores debe procurar la efectividad de los dos principios fundamentales que gobiernan el Instituto de la falencia: a) : Comunidad de los derechos concurrentes sobre los bienes del deudor común, y consiguiente, igualdad de tratamiento, la *par conditio creditorum*; b) : ilegitimidad de los actos de disminución del patrimonio. Respecto del primero, la ley de quiebras contiene las medidas más indispensables para hacerlo efectivo, especialmente la formación de la masa de los bienes para distribuirla proporcionalmente entre los acreedores; pero es, en cambio, por demás deficiente en otros aspectos, por ejemplo, en lo relativo a la influencia de la quiebra sobre el pacto comisorio, en la determinación de las diversas preferencias con que pueden concurrir los acreedores, y no contempla la situación especial en que pueden encontrarse algunos créditos: los que emergen de una renta perpetua o vitalicia, los litigiosos, etc. El anteproyecto no mejora esta situación; en cambio, si legisla sobre los contratos bilaterales aún no cumplidos al tiempo de declararse el concurso, (Arts. 16 y sgtes.) problemas que la ley de quiebras no ha tomado en cuenta, pero lo hace en forma algo deficiente. Todos estamos de acuerdo en que la quiebra o el concurso no produce *ipso jure* la resolución de los contratos bilaterales (salvo la de aquellos respecto a los cuales expresamente la ley ha sancionado su caducidad, v. g. el contrato de comisión, el de cuentas corrientes, etc.); sin embargo, el estado de quiebra produce una modificación tan radical en la situación del contratante fallido, que es indispensable reglar los efectos de ese cambio de situación.

El Art. 16, apartado 2° del anteproyecto, impone al representante del concurso la obligación de declarar, a pedido del otro contratante, si quiere el cumplimiento. Según este precepto el contratante *in bonis* es quien debe conminar al concurso a que opte por el cumplimiento o por la resolución: la opción corresponde, pues, al concurso. No obstante, en el Art. 17, se dice que: “Si el contratante no concursado *no optara* por la resolución en caso de proceder, deberá cumplir el contrato, etc.” ¿Cómo conciliar este artículo con el anterior? Si en el 16 se dijo que el representante del concurso es quien debe optar, no se explica que, a renglón seguido, se cambie la posición de las partes y menos aún que se la cambie imponiendo una sanción tan grave para el contratante no concursado, como es la de obligarlo a cumplir su prestación y a recibir la de su co-contratante en moneda de dividendo.

Por otra parte, el Art. 17 habla de que la resolución puede pedirse “en caso de proceder”: y ocurre la pregunta: ¿en qué caso procede?; el proyecto nada dice sobre el particular y sin embargo es necesario sentar las bases para determinar cuándo procede la resolución tomando en cuenta la diversa naturaleza de los varios contratos que pueden existir, ya que, según sea aquella, el contrato debe resolverse o no *ipso jure*.

Al lado de estos defectos, un error grave se sanciona en el último apartado del Art. 20, que afecta el principio de la comunidad e igualdad de tratamiento: autorizar al contratante *in bonis* a reclamar daños y perjuicios por el incumplimiento o por la resolución del contrato.

Es un lugar común en derecho, que el resarcimiento de los daños y perjuicios es la sanción que se impone por la falta de cumplimiento imputable. Pero, cuando uno de los contratantes ha caído en estado de quiebra o de concurso, cuando, para proteger el derecho de la *colectividad* de acreedores la ley interviene quitando al deudor la administración y disponibilidad de todos sus bienes, y crea todo un organismo para liquidar ese patrimonio y distribuir su producido a prorrata entre todos los que fueron partícipes en dispensar su confianza al deudor común, ¿cómo puede sostenerse que el incumplimiento de un contrato particular sea imputable al deudor? Si la ley es la que prohíbe al deudor cumplir el contrato, porque cumpliéndolo mejoraría la situación de un acreedor,

el acreedor de ese contrato en perjuicio de todos los demás, no puede, lógicamente, hablarse de falta de cumplimiento imputable. Lo contrario importaría “ir contra el principio del derecho de quiebra en virtud del cual el incumplimiento del contratante fallido no es idóneo a fundar derechos del contrayente *in bonis* contra la falencia.” (16)

Es que, una vez fallido, el deudor no puede considerarse como *incumplidor* respecto de ninguno de sus acreedores, precisamente porque lo es, *forzadamente*, respecto de todos. (17)

Por otra parte, es bien sabido que el resarcimiento de los daños debe gravitar sobre el contratante que dejó de cumplir; si producida la falencia, se autoriza al otro contratante a cobrar daños y perjuicios, ¿sobre quién gravitará el monto de la indemnización? sobre la masa, es decir, sobre los demás acreedores que verían disminuir la garantía común de sus derechos, en beneficio de uno solo. El principio de la comunidad quedaría, evidentemente, afectado.

En cuanto al segundo de los principios que hemos enunciado, esto es, al de la ilegitimidad de los actos de disminución del patrimonio, — principio que se coordina con el anterior — el proyecto procura su efectividad mediante el sistema revocatorio.

Algunas deficiencias que contiene sobre este particular son el producto del mal sistema adoptado para fijar la fecha de la cual debe partirse para declarar la invalidez de los actos que se suponen perjudiciales a los acreedores; en lugar de atenerse a un estado de influencia notoria en la actividad económica del deudor, como es la cesación de pagos, vuelve a tomar como punto de partida para ese objeto la misma serie de actos, que se pusieron como base para la procedencia del concurso a instancia de un acreedor.

En primer lugar debe observarse que el proyecto nada dice acerca de si el sistema revocatorio que instaura es aplicable tanto al concordato como al concurso; cuestión es ésta de importancia fundamental y que debe ser resuelta en el sentido de su extensión a ambos institutos, pero es la ley la que debe establecerlo de un modo expreso; y si bien el Art. 9º del anteproyecto parecería dar a

(16) Roberto Montessori: “Gli effetti del Fallimento sui Contratti Bilaterali non ancora eseguite”, pág. 161.

(17) Ver nuestro trabajo: “La Reivindicación en la Quiebra”, 1927, pág. 23. — Bonelli: ob. cit., Vol. II, pág. 570.

entender que en los dos casos — concordato o concurso — se hace efectivo el sistema, puesto que declara nulos los actos que detalla y que fueren cumplidos por el deudor después de pedida “la convocación de sus acreedores”, sin embargo, nada dice al respecto el autor en su nota, y la cuestión se presenta así, por demás dudosa.

El citado artículo 9° presenta una evidente incongruencia: declara nulos actos realizados antes de la declaración, o con posterioridad a cualquiera de los hechos enumerados en los Arts. 2 y 3; pero como el artículo 2 se refiere al caso de concurso iniciado a solicitud del propio deudor, el Art. 9° declara nulos los actos posteriores a la apertura del concurso, y esos mismos actos ya los declara nulos el Art. 7°, luego alguna de las dos disposiciones está demás, o por lo menos mal concebida.

A la nulidad que sanciona el Art. 9° escapan una serie de actos cuyo mantenimiento significaría un irreparable perjuicio para los acreedores: todos los que ha podido ejecutar el deudor en plena insolvencia, cuando se ha presentado directamente en concurso sin que se haya producido ninguno de los hechos enumerados en el Art. 3°. De tal modo que, según el proyectado Art. 9°, el deudor ha podido hacer donaciones a título gratuito, pagar a ciertos acreedores por él preferidos, hipotecar bienes, etc. y ninguno de esos actos podría ser anulado, ya que no habiéndose producido ninguna de las circunstancias que enumera el Art. 3° no caen bajo la sanción del sistema revocatorio que se quiere establecer. Y si se tiene en cuenta que los casos enumerados en el Art. 3° son bastante excepcionales, se llega a la conclusión de que el proyecto no asegura la integridad del patrimonio del deudor, no garantiza la efectividad del principio de la ilegitimidad de los actos de disminución de ese patrimonio y los acreedores de los no comerciantes, con esta nueva ley, verían así, defraudadas todas sus esperanzas de una protección por lo menos igual a la que acuerda la ley de quiebras.

MAURICIO L. YADAROLA.

Prof. suplente de Derecho
Comercial, II Curso.

Julio, 1930.