

## LEGISLACION UNIFORME PARA CONCURSOS CIVILES Y COMERCIALES

### CAPITULO I°

INTRODUCCION: EL PROBLEMA MAS VASTO DE LA UNIDAD DEL DERECHO PRIVADO EN MATERIA DE OBLIGACIONES:

SUMARIO: 1) : *Origen y causas de la separación legislativa del Derecho Privado en las ramas Civil y Comercial.* — 2) : *La tesis de la unificación, exámen y réplica de las críticas que se le han formulado. Identidad fundamental de los actos que caen bajo el dominio de la legislación mercantil con los regidos por el derecho obligatorio del Código Civil.* — 3) : *Inconvenientes prácticos de la actual división.* — 4) : *La obra contemporánea de unificación internacional del Derecho Privado.* — 5) : *Conclusión.*

1°. — El pueblo romano conoció, en su hora, una serie de Institutos jurídicos que nacieron como una exigencia de la actividad comercial; pero, a su enérgica tendencia a la abstracción, repugnaba en absoluto el pensamiento de un *ramo especial del derecho* destinado a regular el comercio. Ahora, si de aquí resultaba, — como es posible — una laguna, en cuanto, quizás también en la época del imperio romano, las peculiares necesidades del comercio mundial de entonces requerían una consideración más amplia, que no le hubiese sido acordada, *utilitatis causa*, a esto ponía remedio la incomparable naturaleza del Derecho Civil romano, y, principalmente, del derecho de las obligaciones que regulaba el tráfico de los bienes. (1)

Es que, “con un derecho civil tan universal y flexible, — así resume Goldschmidt, (pág. 69/70) sus investigaciones sobre las ins-

---

(1) Levin Goldschmidt: *Storia Universale del Diritto Commerciale.* — Traducción Italiana de Vittorio Pouchain y Antonio Scialoja. — Edic. Unione Tipografico-Editrice Torinese. Torino 1913. Pág. 60/61.

tituciones comerciales de los romanos — desenvuelto con una técnica perfecta hasta en sus mínimos particulares, dominado de los *más elevados principios éticos*, y en cuya aplicación, el más libre juicio según la buena fé, según las mudables usanzas del comercio y la evidente intención de los interesados formaba la regla; con una práctica científica y una teoría *siempre dirigida a la aplicación del derecho*, y que sacaba su material de la más cuidadosa y profunda observación de las relaciones de la vida... no existía ni ocasión ni necesidad para un derecho especial al comercio”. Así es que los juristas romanos no conocieron la separación del derecho privado en las dos ramas de derecho Civil y Comercial. La caída del Imperio romano de Occidente, la formación de nuevos Estados Germánicos, la separación siempre más neta del Occidente y Oriente, produjeron una amplia y verdadera influencia tanto sobre el curso del comercio mundial, cuanto sobre el entero desenvolvimiento del Derecho. (2). Como consecuencia del gran desbarajuste que siguió a la caída del Imperio, formáronse asociaciones de individuos vinculados por intereses comunes, para defenderse y tutelarse recíprocamente; y entre estas, las más importantes quizás, fueron las corporaciones de comerciantes. Nacidas en forma casi vergonzante, no tardaron en multiplicarse y extendiendo poco a poco su poderío se convirtieron en organismos cada vez más vastos y mejor ordenados. Así conquistaron el derecho de organizarse a su arbitrio y de dictar las reglas a las cuales se ajustarían su conducta y la de sus asociados en la defensa de sus intereses. Elegían sus autoridades — en una organización semejante a la de la ciudad — de entre los miembros de la corporación, a cuyo frente se encontraban uno o más cónsules, asistidos de un Consejo de Administración. Aquellos duraban generalmente de seis meses a un año en el ejercicio de sus funciones y al tomar posesión del cargo prestaban juramento de administrar bien la entidad confiada a su gestión. Estos juramentos contenían, a lo sumo, algunas reglas administrativas, disposiciones de carácter procesal, preceptos sobre la higiene de las fábricas, sobre los métodos de trabajo, etc., y así se crearon, en forma por cierto rudimentaria, las normas de derecho privado por las

---

(2) Cesare Vivante: L'unità del Diritto Privato. — Introduc. al Vol. 1º. de su Trattato de D. Commerciale, 5ª. Edic. F. Vallardi — Milano 1922, Pág. 4.

cuales se regía la actividad comercial de las Corporaciones y de sus asociados. Unidos estos juramentos a las disposiciones que tomaba el Consejo de Administración se formaron los Estatutos, que fueron, para aquella organización, un verdadero Código; y fué con la guía de los Estatutos y de los usos mercantiles que la justicia fué administrada por los propios Cónsules, es decir, por una de las autoridades de la misma Corporación. Así, — dice Vivante — el derecho pasaba de los contratos a las costumbres y de éstas a las leyes y a las sentencias por obra de los mismos que habían hecho experiencia en la práctica de los negocios. Peligrosa confusión de funciones legislativas y judiciales, en la cual con frecuencia habrán triunfado, con menoscabo de la justicia, los intereses de un individuo o de un arte; pero es lo cierto que en ningún tiempo, ni aún en los tiempos clásicos de Roma, la vida y la legislación se habrán comunicado así rápidamente su respectiva influencia y nunca habrá sido tan abreviada la distancia que frecuentemente separa el derecho positivo de las exigencias reales.

Y fué precisamente de aquí, de la obra legislativa de las Corporaciones, de donde el derecho comercial toma su partida de bautismo, para ir extendiendo progresivamente su influencia más allá de los comerciantes, a todos los que, de algún modo, realizasen actos de comercio. Así se produjo la separación, cada vez más acentuada en la vida práctica, de las dos ramas del Derecho privado, el Civil y el Comercial.

Las causas que los separó, no son de difícil determinación. Con la caída del Imperio Romano, la fuerza antes incontrastable de su derecho civil, permanentemente renovado por la obra admirable de sus Pretores, perdió gran parte de su eficacia; sus Instituciones fueron perdiendo también su antigua flexibilidad, y con ésta, su aptitud para ir amoldándose a las nuevas y cambiantes exigencias de los tiempos. El asombroso florecimiento del comercio, especialmente por obra de las ciudades italianas de Génova y Florencia, exigía normas de derecho que armonizaran con las nuevas costumbres y con los hábitos siempre renovados de la actividad mercantil; el derecho civil de los Romanos, estancado en sus antiguos moldes, no contenía ya las normas o reglas jurídicas que el comercio necesitaba, y de ahí que, a su lado, el derecho comercial, nacido como el más noble fruto de la vida cerrada de las Corporaciones, — se

gún la exacta expresión de Vivante — (3), con su especial aptitud para la tutela del crédito, fué convirtiéndose en el derecho de todos los que, de cualquier modo, desarrollaban una actividad económica, o realizaban actos de comercio.

Su disciplina se convirtió así, en patrimonio común de todo el pueblo. He ahí, en obligada síntesis, las causas que produjeron la separación.

Fácil es advertir, después de lo expuesto, que no fué la diversa naturaleza de los actos que esas dos ramas del derecho privado debían regir, lo que determinó su separación, sino, simplemente, razones circunstanciales derivadas de transitorios acontecimientos históricos.

Nada hubiera impedido, en efecto, — a no ser el pasajero estado social que derivó de la caída del Imperio Romano — ir renovando las propias Instituciones del derecho civil e ir incluyendo en el marco de éstas, las Instituciones nuevas que surgían como una imposición de la actividad económica; al fin, ya antes aquél derecho había regido la vida del comercio, y pudo muy bien seguir rigiéndola, sin que a ello se opusiera ninguna razón fundamental.

2°. — Acentuada la división del derecho privado por obra de la Codificación Napoleónica que separó en dos Códigos distintos la materia Civil y la Comercial, no tardó, sin embargo, en presentarse para la ciencia del derecho, el problema de la unificación. Ya en 1847 — según refiere Vivante — (4), un Profesor de la Universidad de Pisa, Montanelli, combatió la separación, y desde entonces hasta el presente, toda una pléyade de ilustres juriconsultos ha venido defendiendo la misma tesis, y ésta ha encontrado su realización práctica en Suiza en el Código Federal de las Obligaciones del año 1881.

Veamos, brevemente, las razones en que la apoyan sus sostenedores.

“Los campos de la actividad privada — dice con su profundo saber Enrico Cimbali — (5), fuente perenne de derechos y obli-

(3) C. Vivante: *L'unità del Diritto Privato* — Ob. cit. pág. 23.

(4) C. Vivante: *L'unità del Diritto Privato* — Ob. cit. pág. 23. Nota 6.

(5) Enrico Cimbali. — *La Nuova Fase del Diritto Civile, nei Rapporti economici e sociali.* — 4ª Edic. Unione tipografica Editrice Torinese — Torino, 1907. — pág. 355 y sgtes.

gaciones, se han extendido y especializado de tal modo hoy en día, bajo la acción incesante del capital, de la ciencia, de las máquinas, de la asociación, del crédito, del comercio, que cada uno merecería tener un Código propio para gobernar la multiplicidad de relaciones jurídicas a las cuales dan vida continuamente dentro de su propia esfera..... Pero esto representaría un grave anacronismo y una gran anomalía, ya que serviría para multiplicar todavía más aquellas divisiones y subdivisiones en el campo del derecho privado, de lo cual no pueden sino, derivar únicamente incertidumbres, contradicciones, y dificultades inextricables". Todos estos males desaparecerían, en opinión de Cimbali, en la "unidad de un organismo superior, el organismo del Código de Derecho Privado Social".

El tráfico mercantil, la circulación de los valores, las operaciones de cambio, no se cumplen hoy por una clase social determinada; por el contrario ellas se han convertido en el patrimonio común de todos los individuos al punto que, "desde el nacimiento a la tumba, para el cortejo bautismal, para la fiesta de nupcias como para los honores funerarios, es siempre el Código de Comercio el que hoy en día gobierna los actos del ciudadano que contrata con una empresa comercial". (6). En esta situación, ¿no es absurdo tener en pie una legislación especial, como si fuese el monopolio y la prerrogativa de pocos, cuando, por la difusión del cambio y de la circulación, habiéndose vuelto común a todos el fenómeno constitutivo del comercio, han venido completamente a menos las razones justificativas del dualismo al cual aquella da lugar? (7)

Ya dijimos, en el número anterior, que no son diferencias de naturaleza las que separan los actos jurídicos regidos por el derecho civil de los que caen bajo la esfera del Código de Comercio; es una distinción puramente de orden legislativo; son caracteres inferidos del estado actual del derecho positivo, — como dice Tortori (8) — y, en consecuencia, caracteres inferidos del convencionalismo y del prejuicio; del convencionalismo, que confunde ciencia y derecho y no sabe separar, del contenido positivo del derecho el prin-

(6) Vivante: *L'unita del D. Priv. Ob. cit.*, pág. 7.

(7) Cimbali. — *Ob. Cit.* pág. 358.

(8) Alfredo Tortori: *Sociologia e Diritto Commerciale.* — Vol. 1.º — *L'unita del Diritto Privato e la sua ricostruzione a base sociologica.* — Edic. Fratelli Bocca. — 1895. pág. 169.

cipio de razón en el cual ese contenido se informa; del prejuicio que sobre el derecho positivo se asienta como la mejor manifestación de la conciencia jurídica, y que se conforma con lo mediocre ante el temor de encontrar algo peor, cuando el derecho se reformase conforme a los dictados de la doctrina.

Sólida y sin duda convincente es la argumentación desenvuelta por el profesor Vivante en la introducción a que antes nos hemos referido. El demuestra cómo hasta ahora, ni la ciencia ni las leyes han llegado a distinguir con un corte neto las relaciones jurídicas que deben regularse con las leyes comerciales, de aquellas que sufren la disciplina de las leyes civiles. Se diría, — agrega — que la unidad esencial de la vida económica se revela contra esta artificiosa separación, la cual resulta en abierto contraste con la homogeneidad de nuestra constitución social, en donde se infiltra, en todo sentido, el comercio con sus costumbres. (9)

Y nada más exacto. Toda la actividad económica de los pueblos se entrelaza de tal modo, que ya no tiene objeto distinguir entre la gestión del comerciante que compra para revender, es decir, que realiza el cambio de bienes entre productor y consumidor, el hacendado que entrega los productos de su explotación ganadera para la venta en el mercado, y el agricultor que vende el fruto de su esfuerzo a un intermediario, que lo hará llegar al consumidor. El primero ha realizado un intercambio de mercaderías (conforme al concepto de nuestro Código de Comercio, Art. 2°); el segundo ha llenado también una función de intercambio del trabajo humano (10), ya que la producción de los ganados no ha podido hacerse sin que exista organizado en forma más o menos perfecta el trabajo ajeno, es decir, el trabajo de la gente de quién se vale el industrial para el cuidado de sus haciendas y para las demás tareas que exige su explotación rural. Cosa semejante ocurre al agricultor. Puede afirmarse que no existe en nuestro país ningún agricultor que no em-

(9) Vivante. Ob. cit. pág. 1.

(10) Véase acerca de la organización del trabajo humano como elemento constitutivo de lo que en el Código de Comercio Italiano (semejante al nuestro) se considera como *empresa*, el muy importante estudio del profesor Alfredo Rocco: Saggio di una Teoria Generale degli atti di Commercio nella Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni que dirigen Sraffa y Vivante, año 1916, 1ª parte, págs. 81 y sgtes. y año 1924, 1ª parte, pág. 109 y sgtes.

plee el trabajo ajeno perfectamente organizado para la obtención de los productos de su industria. Y siendo así, no puede negarse que, desde el punto de vista económico, existe allí organizada una verdadera empresa, ya que por tal debe entenderse la organización de la producción que implica la reunión y la coordinación de varios factores entre los cuales está el trabajo.

No puede, entonces, desconocerse que tanto el comerciante como el ganadero y el agricultor, realizan una idéntica función de *cambio* en sentido económico. Mientras tanto, por obra exclusiva del legislador, el primero se encuentra sometido a la disciplina del Derecho Comercial, mientras los otros dos deben subordinar sus actos al Código Civil. Qué razón fundada puede haber para mantener esta dualidad? Absolutamente ninguna.

Pero, es que, hasta la propia división legislativa resulta aquí puramente ficticia. En efecto, tanto el ganadero como el agricultor, cuando compran lo necesario para la explotación de sus industrias, como cuando venden sus productos, contratan siempre, o casi siempre, con comerciantes, y por mandato expreso del Código de Comercio, todos esos actos son regidos por la ley Mercantil (Arts. 6 y 7). Cuando realizan una operación Bancaria, como cuando firman un pagaré a la orden; cuando libran, aceptan o endosan una letra de cambio, como cuando toman un pasaje de Ferrocarril o transportan en los mismos sus productos, realizan siempre actos de comercio que caen bajo la disciplina del Código de Comercio. En una palabra, puede decirse que toda la actividad económica del ganadero y del agricultor es regida por el Derecho Comercial, a pesar de que ninguno de los dos es calificado como comerciante por nuestra ley. Y lo que decimos de estas dos categorías de industriales puede extenderse a un sinnúmero de otras actividades económicas.

Ante esta verdad irrefutable, ¿no resulta un anacronismo mantener la ficción de que el Código Civil gobierna la vida jurídica de los no comerciantes? No es preferible romper con una tradición que, puede afirmarse con Vivante (ob. cit. pág. 2) ha sobrevivido a las causas que la produjeron por la sola fuerza de la inercia?

La unidad legislativa no haría sino confirmar la unidad esencial de la vida económica, o, lo que es lo mismo, poner en armonía el derecho con la realidad de la vida.

Vidari, <sup>(11)</sup> enemigo irreconciliable de la unificación, ha pretendido refutar, a nuestro juicio sin conseguirlo, las sólidas razones de Vivante. Empieza afirmando que el surgimiento del Derecho Comercial y su separación del Derecho Civil fueron determinados no sólo por la gran potencia a que llegó el comercio en la edad media, principalmente por obra de las ciudades italianas, sino que también fueron determinadas por la *diversa naturaleza* de las relaciones sociales que aquellos derechos y sus leyes relativas eran llamados a disciplinar. Toca esta objeción un punto que para nosotros es fundamental en la dilucidación del problema. Nuestra adhesión a la tesis de la unidad se funda, principalmente, en que no existe tal diferencia de naturaleza entre los actos jurídicos civiles y los comerciales y así lo afirmamos precedentemente (N° 1. *in fine*)

Vidari formula aquella afirmación pero no la demuestra, no entra a buscar la naturaleza *interior* <sup>(12)</sup> del acto de comercio, circunstancia que le hace perder todo valor científico a la objeción. Más aún, el ilustre profesor italiano, contraría aquí sus propias convicciones. En efecto, estudiando los actos de Comercio <sup>(13)</sup> sostiene que, en verdad, entre actos civiles y actos de comercio no existe *ninguna diferencia esencial*. Como, *por su naturaleza*, un acto, por ejemplo, de compra venta, de transporte, etc., *es siempre substancialmente el mismo*, cualquiera sea la persona que lo prepare y ejecute, ya que, siempre, mediante ese acto, o se tranfiere la propiedad de una cosa de una persona a otra, o se traslada la cosa de un lugar a otro; por lo mismo, ellos determinan siempre las mismas relaciones jurídicas substanciales, tanto si se cumplen por un comerciante, cuanto por un no comerciante. ¿Cómo podría ser de otro modo, y cómo la forma de un acto o la persona que lo realiza podría mudar la *naturaleza* y la substancia de ese acto? Después de otras consideraciones, concluye así: En consecuencia, la distinción entre actos civiles y comerciales es toda puramente de forma, de medios y de fines.

Nada más eficaz que la propia opinión del citado autor para destruir aquel argumento con el que se opone a la unificación. Aquí

(11) Ercole Vidari. — Contro un Codice Unico delle Obligazioni. Appendice al Corso di Diritto Commerciale. Vol. 1°, pág. 761, y sgtes. 5ª Edic. — Ulrico Hoepli, Milano, 1900.

(12) Tortori: Ob. cit. pág. 188.

(13) Vidari: Corso di Diritto Com. — cit. Vol. 1°, pág. 25.



el sabio comercialista ha sido víctima de su propia condenación: “Chi va fantasticando distinzioni che non esistono nella natura delle cose e dei fatti sociali, sostituisce le creazioni della propria fantasia alla verità”. Son sus propias palabras (ob. cit. pág. 26); él ha substituido las creaciones de su propia fantasía, a la verdad y a la realidad de los hechos jurídicos. Un ligero análisis de los actos de comercio será el mejor argumento en favor de nuestra posición. ¿Existe el acto de comercio como una categoría científica dentro del concierto de los hechos humanos susceptibles de producir efectos jurídicos? Debemos, ante todo, y para mayor claridad, hacer notar que cuando hablamos de actos de comercio no nos referimos a su concepto económico, sino al concepto jurídico, entre los cuales media, por lo menos, esta diferencia: mientras la Economía Política parte de un punto de vista unitario, vale decir, de un criterio que le permite generalizar aquel concepto asentándolo sobre una base única — así por ejemplo, para muchos economistas el comercio no es sino un fenómeno de intermediación en la circulación de los valores dirigido a facilitar el traspaso de los bienes de los productores a los consumidores, de tal modo que siempre que exista esta intermediación existe un acto de comercio — las leyes, en cambio, al determinar cuales son los actos de comercio, no han partido de un criterio unitario — me refiero a las leyes del tipo que podríamos llamar latino pues otras, como las germánicas han partido del concepto subjetivo de comerciante para caracterizar los actos de comercio, circunstancia que hace posible una generalización sobre el particular — sino que, después de considerar comerciales todos los actos que realicen los comerciantes, (salvo la prueba en contrario, Art. 5 del C. de C.) entran en una enumeración de otros actos que consideran comerciales objetivamente, esto es, con prescindencia de la persona que los efectúa. De aquí resulta que, — por lo que hace a nuestro derecho positivo — no existe una noción unitaria del acto de comercio <sup>(14)</sup>, ya que es evidente que el legislador puede ampliar o restringir aquellas enumeraciones, puede considerar comerciales actos que no son para la ciencia económica; la

(14) Ageo Arcangeli: La Nozione Giuridica di Commercio, en la Rivista del D. Comm. e del Diritto Gen. delle Obligazioni, año 1914. P I. pág. 581 y sgtes. demuestra claramente lo que afirmamos en el texto. Contra Rocco, en el trabajo antes citado.

ley, entonces, no considera comerciales solamente ciertos actos que se encuentran dentro del marco de una categoría científica preestablecida, de modo que sólo estos pueden calificarse de tales, sino, simplemente, a todos aquellos actos que el legislador estima propios de la actividad comercial. Más aún, no sólo el legislador, sino el intérprete puede ampliar la enumeración legal de actos de comercio en los casos, como ocurre en Italia y entre nosotros, en los cuales la enumeración legal no es taxativa sino simplemente demostrativa, de modo que el intérprete puede, mediante aplicaciones analógicas, hacer entrar en el número de actos de comercio muchos no enumerados por la ley.

Entonces pues, no hay tal categoría científica de actos jurídicamente comerciales, que excluya en absoluto determinadas actividades económicas porque sean contrarias a su propia naturaleza; y si el propio Rocco, que sostiene una tesis opuesta a la nuestra, afirma que el acto de comercio no es un *acto jurídico*, sino una *actividad económica* (15), ¿qué inconveniente puede haber en que el legislador extienda de una vez por todas la esfera de aplicación del derecho comercial a todas las actividades económicas? Toda la materia de Obligaciones en los Códigos Civiles es de un contenido esencialmente económico; el derecho del acreedor de una obligación es siempre un derecho sobre el patrimonio del deudor (16); es decir que la naturaleza del derecho obligatorio es siempre la misma, ya sea que el acto originario de la obligación quede comprendido dentro de los que la ley comercial considera actos de comercio, o bien sea de aquellos que caen exclusivamente bajo la actual disciplina del Código Civil.

Parece pues, evidente, que todos los actos jurídicos de igual naturaleza deben ser regidos por una misma legislación. La unidad legislativa no será sino una consecuencia lógica de la identidad substancial de los actos originados en la humana actividad económica. Y ahondando un poco el análisis podemos afirmar que esa unidad existe actualmente en nuestro derecho positivo, en una esfera ya bastante grande. En efecto, ¿en qué parte, el Código de Comercio ha legislado lo relativo a la teoría general de las Obligaciones? Abso-

(15) Alfredo Rocco. en el trab. cit. pág. 85. — Año 1916.

(16) Giovanni Pacchioni. — Il Concetto dell'Obligazione, en la Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni. — Año 1924, 1ª. P. pág. 227.

lutamente en ninguna. El Código de Comercio sólo ha legislado sobre algunos contratos que se originan principalmente en la actividad comercial, pero no ha dicho una sola palabra sobre las obligaciones en general. Ahora bien, en la dilucidación de cualquier asunto nacido de un contrato comercial, se hace necesario, con toda frecuencia, recurrir a las disposiciones del Código Civil, que es el único que ha reglado la materia de las obligaciones; así lo ordenan el Art. I del Título Preliminar y el Art. 207 del Código de Comercio. Y como aquellas mismas disposiciones se aplican a los negocios puramente civiles, tenemos, en conclusión, que el Código Civil rige, en materia de Obligaciones, tanto los negocios civiles como los negocios comerciales. ¿No es esto unidad legislativa?

Y si la teoría general de las Obligaciones es la misma tanto en derecho civil como en comercial; si las cuestiones a ella relativas, surgidas en cualquier ramo de la actividad humana, han de ser resueltas de acuerdo a los mismos principios, ya que única es la base de la cual se parte, ¿no resulta un anacronismo mantener separado en dos Códigos, lo que la realidad jurídica ha unido en idénticos principios? La lógica de los hechos — como dice Cimbali, — se impone aquí a la del pensamiento, y a los juristas no les queda sino abrir el curso a esa tendencia fatal de los tiempos, que en un porvenir no lejano, está destinada a tener su coronamiento, poniendo sobre nueva base orgánica, todo el contenido del Código de Derecho Privado. (17). Volviendo a las objeciones que se han formulado a la teoría de la unidad del derecho privado, examinaremos las del Profesor Rocco, que, a juicio del propio Vivante, son las de mayor eficacia. (18). Partiendo del argumento para él fundamental (19) de que el Derecho Comercial hoy en día, y *de hecho*, regula muchas relaciones que pueden ser perfectamente extrañas al comercio, y cuando se piensa en la profunda homogeneidad de nuestra constitución social, donde las varias clases de ciudadanos se encuentran y se entrelazan trabajando juntos en la lucha por la existencia, afirma que ninguna importancia científica tiene el hecho de que las

(17) Cimbali. — Ob. cit. pág. 348.

(18) Véase también: Alberto Marghieri: A propósito della Unificazione del Diritto delle Obligazioni, en la Rivista del Diritto Comm. e del Diritto Gener. delle Obligazioni — Año 1907, I P. pág. 485.

(19) Alfredo Rocco: Corso di Diritto Commerciale, Parte Generale — Edic. "La Litotipo". — Padova, 1921. — pág. 65 y sgtes.

normas concernientes al comercio y aquellas relativas a la vida civil, sean contenidas en un solo Código o vayan divididas en dos: el derecho comercial — dice — podría seguir siendo un derecho autónomo y en consecuencia la ciencia del derecho comercial una ciencia jurídica autónoma, aún cuando las normas del derecho comercial fuesen contenidas en un código único, juntamente con aquellas del Derecho Civil de las Obligaciones.

Pero, la cuestión que se discute no es la de saber si el Código de Comercio y el Código Civil pueden o no ser *encuadrados* juntos, como parece presentarla Rocco, sino saber, si los mismos principios jurídicos que rigen las obligaciones civiles, rigen también las obligaciones comerciales. Y entonces la cuestión acerca del perjuicio que para la ciencia del Derecho Comercial significa la actual separación, (20) mantiene toda su trascendencia.

Enseguida, el eminente profesor de la Universidad de Padua, plantea, con gran precisión lógica, lo que, a su juicio, forma el eje central del problema. Lo que ocurre preguntarse, — dice — para descender a la substancia de las cosas, es si, en el ámbito de las relaciones económico - privadas existe una categoría de relaciones (aquellas derivadas de la industria comercial y otras que tienen necesidad de una idéntica o semejante reglamentación jurídica) las cuales necesitan de una disciplina jurídica especial, y si, no en todo, en una gran parte, distinta de aquella de las restantes relaciones económico - privadas. Así planteado el problema, Rocco estudia, en forma sintética y bien precisa, la estructura de la industria comercial, para concluir que ésta reclama del Derecho para poderse desenvolver: 1°. la mayor simplicidad de formas en la manifestación de voluntad privada dirigida a la constitución de las relaciones jurídicas. 2°. la más eficaz tutela del crédito.

En nuestra opinión ninguna de estas dos exigencias son exclusivas de la actividad comercial y en consecuencia no excluyen de esa misma necesidad a otras formas de manifestación de la actividad económica. Por el contrario, extendiéndolas a todas las actividades económico - privadas, el derecho habrá realizado una gran progreso y la economía general habrá beneficiado de esa simplicidad y de esa mayor tutela del crédito, pues mediante ellos aumen-

---

(20) Vivante. — Ob. cit. pág. 17, puntualiza admirablemente estos inconvenientes.

taría el volumen de las transacciones patrimoniales, la vida económica se haría más activa, y el aumento de la riqueza sería así su necesaria consecuencia.

Por otra parte, ¿qué inconveniente puede haber en que esa simplicidad en las formas de manifestación de la voluntad, sea extendida a tantas otras actividades económicas que hoy no entran en el Catálogo de los actos considerados comerciales por la ley? Si el Derecho Comercial, como derecho especial al comercio, surgió y se desarrolló, precisamente, porque el derecho común no ofrecía ni simplicidad de formas ni tutela eficaz del crédito (21), y si las relaciones económico-privadas no comerciales no las exigían tampoco, esto no significa que proporcionándoles a estas últimas aquellas ventajas no sacaran algún beneficio, ni demuestra tampoco que no puedan ser susceptibles de esta mayor simplicidad.

Y por lo que respecta a la necesidad de una eficaz tutela del crédito para el desenvolvimiento comercial, nadie pretenderá sostener que haciendo extensiva esta tutela a todas las actividades económicas no comerciales que fuera de duda utilizan el crédito, y en gran escala, no se obtenga un gran beneficio y no signifique un gran progreso para la economía general de un país.

Todas esas exigencias que justificaron, en su hora, la aparición del Derecho Comercial, son reclamadas hoy, en mayor o menor escala, por toda la actividad económico-privada. Hacer desaparecer, pues, todo el libro de las obligaciones y contratos del Código Civil para formar, con el concepto del derecho viviente y progresivo, que es el Derecho Comercial, un Código único de las obligaciones, será la obra legislativa más grande que pueda cumplirse por el Estado contemporáneo (22). Se habrán aproximado así, los textos legales a la realidad viviente del derecho.

Un argumento, sin duda serio, en contra de la tesis de la unificación, podría deducirse de este hecho significativo: En Italia, cuna, puede decirse, de la tendencia unificadora, y en donde la cues-

(21) Rocco: *Corso di Diritto Commerciale*, pág. 68.

(22) Participan de esta opinión, entre otros: Umberto Navarrini: *Trattato Teorico Pratico di Diritto Commerciale*. — Edic. Fratelli Bocca. — Torino, 1920, Vol. 1º pág. 58 y sgtes. — Agostino Ramella: *Trattato del Fallimento*. — 2ª edic. Società Editrice Libreria, Milano, 1915, Vol. 1º pág. 66. — Leone Bolaffio: *A propósito della unificazione del Diritto delle Obligazioni nella "Giurisprudenza Italiana"*, año 1907.

tión ha sido más amplia y eficazmente discutida por ilustres profesores y tratadistas, ese criterio ha sido abandonado por la Comisión nombrada por el Gobierno para la Reforma del Código de Comercio, en Noviembre de 1919. Esa Comisión, de la cual formaron parte los más ardientes sostenedores de la teoría, entre ellos el profesor Vivante que fué su presidente, tomó en consideración el problema, pero llegó a la conclusión de que el estado de madurez de las dos ramas del derecho es muy diversa; y que si se hubiese debido esperar a que el estudio de la teoría general de las obligaciones y la de los contratos llegara a su plena madurez, se hubiera debido renunciar a la reforma del Código de Comercio. Por ello la Comisión se expidió en 1921, dejando intacto el respectivo contenido de los dos Códigos. (23)

Sin duda que al estampar esta manifestación en su "Relazione", Vivante habrá sentido, en la intimidad e su conciencia, el desgarramiento que provoca siempre el fracaso de una tesis, sostenida y defendida con inteligencia suma durante más de un cuarto de siglo. Por nuestra parte pensamos que la cuestión de la unidad del derecho privado estaba ya resuelta por la mencionada Comisión, aún antes de que entrara a tratar el problema: la mayoría estaba compuesta por distinguidos comercialistas que ya antes, en libros o monografías, se habían declarado contrarios a la unificación, de modo que, seguramente, el punto no habrá sido objeto de una discusión larga, sino, tal vez, materia de una simple votación. No otra cosa deja suponer la breve referencia de Vivante en su "Relazione"; decir que el estado de madurez de las dos ramas del derecho privado era muy diversa, es no decir nada. ¿A qué madurez debía esperarse, cuando desde hacía más de cien años se venían estudiando, separadamente, esas dos ramas del derecho y por lo mismo su estudio estaba en plena madurez y cuando de lo único de que debía tratarse era de traer al nuevo Código de Comercio toda la materia obligatoria del Código Civil y la de hacer desaparecer el dualismo absurdo de contratos idénticos legislados en los dos Códigos? Para lo primero, no había más que un cambio de lugar, puesto que todo lo relativo a obligaciones en general es común a los dos Códigos desde la época en que el Derecho Comercial se separó del

(23) Progetto Preliminare per il Nuovo Codice di Commercio. Edic. Ulrico Hoepli, Milano, 1922, pág. 200. Relazione del Presidente, profesor Cesare Vivante.

Civil: aquí nada había que unificar; esta unidad ha existido siempre. Y para lo segundo, ¿cómo afirmar, sin incurrir en una herejía jurídica, que el estudio de los contratos de compra-venta, de Sociedad, de mandato, por ejemplo, no haya sido plenamente hecho tanto en lo Civil como en lo Comercial, y no se hayan palpado, en más de cien años (partiendo tan solo de la Codificación Napoleónica) los inconvenientes científicos y prácticos de esa dualidad? Parece evidente que la Comisión italiana no discutió el asunto sino que se limitó a plantearse el problema y enseguida tomar la votación a sus miembros. De tal modo pues que, para nuestra tesis, no es ninguna prueba contraria, el nuevo proyecto de Código de Comercio Italiano, ya que ella no ha sido objeto de discusión; fueron las opiniones formadas mucho antes las que, en este punto, orientaron el proyecto. El asunto vuelve entonces a su estado primitivo de discusión doctrinaria. Grave, realmente — aunque lejos de ser decisivo para nosotros — *es el acto parcial de conversión* a que ha sido llevado, “más por fuerza de la tradición que por buenas razones”, (24) el que en Italia fué, si no el primero el más eficaz y el que condujo vigorosamente la polémica, (25) el profesor César Vivante.

Hace poco tiempo, Vivante hizo público (26) lo que él mismo llamó “acto parcial de conversión” en el cual declara que, *por ahora*, la autonomía del Derecho Comercial, lejos de desaparecer debe mantenerse, ya que la fusión de los dos códigos traería un grave daño al progreso del derecho privado y a su función práctica. La defensa de *clase* y el espíritu de especulación — dice él — imprimen a la actividad comercial, un ímpetu tal de iniciativas y una tal fuerza de tecnicismo, que no es posible *confiar al exámen del civilista legislador*, una materia semejante, que está en continua evolución. Una revisión de este enorme material jurídico — son sus palabras — no sería conciliable con el método y con las aptitudes de los civilistas. La diversa velocidad, — dice finalmente — con la cual operan aquellas tendencias, — se refiere a las tendencias, para él distintas, del Derecho Civil y del Comercial en su evolución —

(24) Vivante: Ob. cit. pág. 8.

(25) Rocco: Corso di Diritto Commerciale, pág. 73. Nota 2.

(26) Vivante: L'Autonomia del Diritto Commerciale e i Progetti di Riforma, en la Revista del Diritto Comm. e del Diritto Generale delle Obligazioni, año 1925. I<sup>a</sup>. P. pág. 572.

opone un grave obstáculo a la fusión de la doble materia en un Código único de las obligaciones, y se debe reservar al Código de Comercio la función de tejer libremente la trama jurídica de su propia materia, *para pasarla después, con cauto discernimiento al Código Civil.*

Sintetizada así la nueva posición del ilustre profesor, debemos declarar, con todo el respeto y la modestia a que nos obliga nuestra desigual posición intelectual frente a los problemas de la ciencia jurídica, que sus argumentos no han conseguido conmover en lo más mínimo toda la fuerza doctrinaria y práctica de los fundamentos con que expuso, hace ya cerca de treinta años, el problema de “L’unitá del Diritto Privato”. Por el contrario, sus nuevas ideas vienen, aún más, en apoyo de la teoría que defendemos. El error consiste, a nuestro juicio, en el método que ha de conducir a la unificación. Vivante entiende, si no interpretamos mal su pensamiento, que sería necesario ir modificando los conceptos en que se apoyan los civilistas para formar la teoría general de las obligaciones hasta conseguir asemejarlos a los conceptos generales de la ciencia del derecho comercial, para, recién entonces, pasar la materia comercial, *con tanto discernimiento, al Código Civil.* Y en esto está el error; el procedimiento debe ser el inverso: incorporar al Código de Comercio todo lo relativo a obligaciones del Derecho Civil, que, al fin, no sería — como antes dijimos — otra cosa que un cambio de ubicación puesto que hoy son esas mismas disposiciones las que rigen la actividad comercial y la vida civil, y juntamente con esta materia, pasar todos aquellos contratos que ya no hubiesen sido legislados por el Código de Comercio, eliminando los que estuviesen comprendidos en éste. Nada más habría que hacer, y nada más sencillo y conforme con la realidad de la vida jurídica, que hoy nos revela la completa absorción de todas las reglas destinadas a regir las nuevas formas de actividades económico-privadas, sean o no comerciales, por un Código de Comercio. Y si pareciera impropio o demasiado restringido llamar a esta complicación sistemática de normas jurídicas, “Código de Comercio”, cámbiesele el nombre por el de “Código de la Vida Económica”, y se habrá cortado, con eficacia científica y práctica, el nudo del problema. Una vez hecho esto, una vez unificada por completo toda la materia obligatoria del derecho privado, ya no habría ningún inconveniente en



dar un paso más, y formar lo que fuera la aspiración de un gran pensador: El Código de Derecho Privado Social. (27)

En conclusión pues, la parcial conversión de Vivante, no debe hacernos abandonar el camino de la unidad, menos aún cuando él mismo reconoce, que todavía hoy considera que la fusión sea un deber del que estudia y del que enseña, un deber científico y didáctico, porque la ciencia y la escuela deben tender a construcciones completas; y considera que también es un deber de la justicia, porque la Magistratura no puede cumplir su función social, si no alcanza el equilibrio de los intereses aproximando los nuevos que se persiguen, a los ya consolidados en el Derecho Civil. (28)

3°. — Los inconvenientes que en la aplicación del derecho derivan de la actual separación, se palpan a cada instante en el ejercicio profesional. En primer lugar, allí donde no existe la jurisdicción única para las causas civiles y comerciales, es necesario hacer, en cada caso, una delicada investigación, tormento de la escuela y de la curia (29), para saber a cual de las dos jurisdicciones corresponde. De aquí resultan enormes daños para la economía de los juicios, ya que muchas veces debe aventurarse en una larga y costosa controversia jurisdiccional antes de entrar al fondo de la cuestión. Es cierto que este mal desaparece con la unificación de las jurisdicciones, pero ésta, a su vez, acarrea nuevos inconvenientes; el Juez que se encuentra frente a un litigio debe empezar haciendo él mismo aquella investigación de límites para saber cuál de los dos Códigos es el que rige el caso, si el Código Civil o el de Comercio; y, más mal, si acertase en la fijación de las fronteras; pero es lo cierto que no siempre acierta, y lo común es que al juzgar la causa haga prevalecer disposiciones del Derecho Civil aún cuando la realidad de la cuestión discutida sea de índole Comercial y existan en el Código de Comercio preceptos expresos que la resuelvan.

No es común en nuestros jueces, como no lo es en los especialistas del Derecho Civil, el concepto exacto de la posición que el Derecho Comercial ocupa frente al Derecho Civil. No siempre comprenden que el Derecho Comercial, como derecho especial, que si

(27) Cimbali: Ob. cit. pág. 356. En igual sentido: Tortori: Ob. cit. pág. 225 y sgtes.

(28) Vivante: L'Autonomia del D. Comm. etc. Riv. 1925, pág. 572.

(29) Vivante: L'Unitá del Diritto Privato ya citado, pág. 1.

bien forma parte del sistema total de derecho privado, actúa, a veces, con normas completamente nuevas, diversas de las correspondientes normas del Derecho Civil y muchas veces completamente opuestas; y que en estos casos tales normas substituyen para la materia comercial las normas y principios del Derecho Civil (30), o mejor aún, las derogan (Art. 1°, Título Preliminar del C. de C.). Y esta incomprensión conduce a sostener absurdos como este, que nos ha ocurrido en un caso profesional: El Art. 445 del Código de Comercio dispone que en las liquidaciones de Sociedades Comerciales en que hubiere menores interesados, procederán sus guardadores con plenitud de facultades, como si obrasen en negocio propio y que todos los actos que practicaren a nombre de sus pupilos serán válidos e irrevocables. Esta disposición, evidentemente excepcional, deroga cualquier disposición en contrario del Código Civil y consecuentemente queda modificado el régimen de representación de los incapaces establecido por este Código. (31). Sin embargo y a pesar de la claridad del precepto, estamos discutiendo y se sostiene con todo ahinco por un civilista, que es indispensable, para la validez de un contrato de liquidación de Sociedad Comercial por fallecimiento de un socio que ha dejado hijos menores, la intervención de la autoridad judicial. El error no puede ser más evidente; el Código de Comercio, en las materias que él ha reglado, es perfectamente soberano y nunca la doctrina comercialista ha tenido la menor duda al respecto. Pero es el caso que, error y todo, la discusión esteriliza el trabajo y ocasiona gastos y dilaciones de todo punto perjudicial.

Existen en el Código Civil buena cantidad de principios opuestos a los consagrados por el Código de Comercio: el pacto Comisorio, de regla para todos los contratos comerciales (Art. 216 del C. de C.) no existe en general en el Derecho Civil sino cuando las partes expresamente los hubieran convenido (Art. 1204 del Código Civil);

(30) Rocco: Corso di Diritto Commerciale, citado, pág. 48/9.—Vivante: Trattato, citado, pág. 45. L. Franchi: en el comentario al Codice di Commercio, redactado por un Colegio de Jurisconsultos. Edic. Fco. Vallardi, Milano. Vol. I°, pág. 4/5. — Navarrini: Ob. cit. Vol. I°, pág. 51 y sgtes.

(31) Juan B. Siburu: Comentario del Código de Comercio Argentino, 2ª Ed. V. Abeledo, 1923. — Tomo V, pág. 325. — Ramón S. Castillo: Curso de Derecho Comercial, Ed. "Ghio", 1926, Tomo III, pág. 343. — Carlos C. Malagarriga: Cód. de Comercio comentado, Vol. VII, Ed. Lajouane, 1917, pág. 412/3. Una opinión contraria a la sostenida en el texto, aunque expuesta con cierta timidez, como si se dudara de su fundamento, profesa Segovia en su Explicación y Crítica del nuevo Código de Comercio de la Rep. Arg., Vol. I, pág. 500.

y de aquí derivará casi siempre una larga e inoficiosa discusión acerca de la naturaleza civil o comercial del contrato para saber si puede o no demandarse su resolución. La compra-venta de cosa ajena, válida para el Derecho Comercial. (Art. 453 del C. de C.) es nula para el Derecho Civil (Art. 1329 del C. C.). Ahora, supóngase que un individuo contrata la venta de dos cosas ajenas, una con un comerciante y otra con quien no lo es: qué razón fundada pudo conducir al legislador a declarar válida la primera y nula la segunda venta? Francamente no se advierte cuál puede ser el fundamento de esa disparidad, menos aún cuando se piensa que la misma finalidad pudo perseguir en la compra, el comerciante y el que no lo es. Pero lo grave del caso es no sólo su faz teórica, sino que puede llevar a una discusión larga y estéril para establecer si la compra que hizo el comerciante es realmente una operación comercial, ya que siendo la presunción de comercialidad que acompaña a la compra del comerciante, simplemente *juris* (Art. 5° del C. de C.) puede ser destruida por una prueba contraria, y todo para establecer la validez o nulidad de la venta gracias al anacronismo de un sistema que consagra una doble legislación para contratos de idéntica naturaleza. El mandato, en principio gratuito para el Derecho Civil, (Art. 1871) se presume siempre oneroso para el Derecho Comercial (Art. 221 del C. de C.); la solidaridad, de regla para todos los contratantes de una Sociedad colectiva comercial, no existe para las Sociedades civiles sino cuando hubiera sido expresamente pactada (Art. 1747 del C. Civil). El Instituto de la Quiebra, en fin, casi ignorado por las legislaciones civiles, constituye una válida garantía para los acreedores del comerciante, según el Código de Comercio. (32). Y así podríamos multiplicar los ejemplos de este dualismo inexplicable entre las dos ramas del Derecho privado, que tanto daño causa a la economía de los juicios y que es origen de disputas estériles entre las partes, y de inútil recargo para la administración de justicia.

4°. — Un argumento que no ha olvidado casi ninguno de los escritores que sostienen la tesis opuesta a la unidad del derecho privado (33), es el relativo al carácter esencialmente internacional del derecho comercial, en franca oposición con la naturaleza territorial

(32) Cimbali: Ob. cit. pág. 360.

(33) Marghieri: en el trabajo citado en la Rivista di Diritto Commerciale, pág. 497.

del derecho civil. Aquél tiende a internacionalizarse por lo mismo que sus normas rigen una clase de actividad que no conoce fronteras y que en todas partes origina análogas necesidades; éste, en cambio, se halla subordinado a las costumbres y particularidades sociales de cada pueblo, gobierna relaciones vinculadas a su propia estructura orgánica, y presenta, así, diferencias fundamentales con el derecho civil de los demás países. En tal situación — se dice — el movimiento de unificación que desde mediados del siglo XIX constituye uno de los signos característicos de la legislación llamada a regular el tráfico y la circulación de los bienes, encontraría graves dificultades y obstáculos insuperables. Pero al formularse esta objeción se olvida con criticable ligereza que lo que se trata de unificar, es precisamente, la materia que en los dos Códigos regula las mismas relaciones jurídicas, esto es, las que se originan en el tráfico y circulación de los bienes y valores.

Aparte de que — según ya dijimos — en todos los países de doble legislación la materia de Obligaciones en general está unificada, puesto que el Código Civil es el único que la contiene, y se aplica a las relaciones comerciales, a que otra cosa que no sea al movimiento de valores económicos se aplica la materia contractual contenida en el Código Civil? Y tratándose de la circulación de los bienes, puede hablarse de particularidades sociales, de idiosincrasia y de estructura social? No es en todas las partes del mundo el afán hacia un mejoramiento de la propia economía el que mueve a los hombres a la producción y al tráfico de los valores? Lejos de haber en todo esto diferencias esenciales, hay una tendencia universal a la unificación de métodos y procedimientos mediante la adopción de aquellos mas adecuados a la finalidad económica que se persigue. Todos los hombres de negocios, cualquiera sea el país que habiten, procuran adoptar aquellas prácticas desenvueltas en los países de una mejor y más adelantada organización económica; se va produciendo así, y casi insensiblemente, una verdadera unificación en la manera de operar el tráfico de los bienes y valores, y en las costumbres y prácticas de la vida económica. De tal modo que la unificación internacional del derecho privado, en esta rama, encontraría, en la semejanza de hábitos, su mejor apoyo.

Entonces pues, la unidad del derecho privado interno en materia de obligaciones, no puede ser ningún obstáculo a la unifica-

ción internacional de esta parte del derecho. La mejor y más eficaz demostración de lo que afirmamos, nos la han dado, recientemente, Francia e Italia, que, por obra del *Comité de l'union législative entre Nations allies* han llegado a formular un proyecto de ley uniforme sobre obligaciones y contratos.

Hace poco más de diez años, en 1916, un antiguo Ministro del Gobierno Italiano e insigne jurisconsulto, Vittorio Scialoja, tomó la iniciativa de fundar y organizar un Comité que se encargaría de proyectar la unificación de la legislación civil de la Naciones aliadas y amigas, en materia de obligaciones y contratos. La idea fué acogida con entusiasmo en Francia y enseguida se fundó el *Comité de l'Union législative entre Nations Allies* del cual formaron parte, entre otros eximios maestros del derecho, Larnaude, Capitant y Colin, por parte de Francia; Ascoli, Bonfante y De Ruggiero, por Italia. De inmediato se adhirieron al Comité, Bélgica, Rumania, Grecia y el Canadá (Provincia de Quebec) y más tarde, después de la guerra, Polonia y el Perú, todas las cuales, para simplificar la tarea del Comité, dieron a éste mandato para redactar el proyecto que luego sería sometido a los demás Estados que quisieran adherirse.

Con una profunda convicción de la bondad de la obra empeñada, aquel Comité trabajó durante varios años, hasta que en Marzo de 1927 dió término a sus tareas, dejando concluido un proyecto completo de legislación civil uniforme sobre Obligaciones y Contratos. Es decir, que esta materia, en los Códigos Civiles de Francia, Italia y demás países que se adhieran, contendrá idénticos preceptos legales. Ha sido obstáculo, en algún momento, para llegar a la unificación, lo que se ha dado en llamar, carácter nacional del Derecho Civil? Muy lejos de ello. Así nos lo dice un miembro ilustre del Comité, el profesor Alfredo Ascoli, quien, en una sesión solemne que realizó la *Société de Legislation Comparée*, de París, en honor de la delegación italiana a dicho Comité, al día siguiente de haber dado término al proyecto de legislación uniforme, (15 de Marzo de 1927), se expresó en los siguientes términos: "Lorsque nous nous sommes rencontrés, croyez vous que les Italiens aient été d'un côté et les Français de l'autre? Croyez-vous que, pour gagner quelque chose, ils ont discuté les uns contre les autres, comme ce - la se fait même dans les grandes conventions de La Ha-

ye ou chacun des pays representes avait quelques principes á faire valoir et a opposer aux representants des autres pays? Rien de tout ce - la ne s'est produit chez nous. Il y a vingt - quatre heures; nous avons discuté une question de prescription; M. Colin etait d'accord avec M. de Ruggieri et moi j'etais d'accord avec M. Capitant et avec M. Larnaude. Je ne vous repporterai pas ce qu'a été notre discussion, mais je puis dire que nous sommes toujours groupés sans aucun prejugué de nationalité. . . . . et sans aucun prejugué d'école. (34)

He ahí, en síntesis admirable, la prueba elocuente de que sólo los prejuicios de nacionalidad o de escuela, pueden oponer una valla a la tendencia unificadora del derecho privado en el orden internacional; pero esa barrera no existe para los grandes juristas que encaran la solución del problema libres de los prejuicios que nublan la inteligencia y ahogan la voz de la razón y de la ciencia.

En la misma sesión de la Sociedad de Legislación Comparada a que antes hemos hecho referencia, M. Larnaude, el ex-Decano de la Facultad de Derecho de París, refiriéndose a la obra realizada por el Comité, decía: Quant a nous nous ferons avec aux la partie des Obligations et des Contrats, c'est a dire, la partie qui vraiment peut être considerée comme pouvant s'unifier le plus facilement, car c'est elle qui est en quelque sorte la substance des relations entre les peuples, ce que j'appelle le Droit des Affaires. Y esta expresión con que M. Larnaude califica el derecho de las Obligaciones y de los contratos, ese derecho que él considera como la substancia de las relaciones entre los pueblos, no es tanto o más apropiada para calificar el conjunto de normas que rigen las relaciones creadas por el ejercicio de la industria comercial, propiamente dicha? Y si tanto el derecho de las obligaciones como el derecho comercial, forman en realidad, un verdadero Droit des Affaires, parece lógico que una misma legislacion sea la que contenga este Droit des Affaires. La unificación interna del Derecho Civil y Comercial no sería sino una consecuencia de la idéntica naturaleza de las relaciones económicas gobernadas hoy por los dos Códigos.

Se ve, pues, que del carácter internacional del derecho comercial, participa, en forma absoluta, el derecho Civil en la rama de obli-

(34) Ver Bulletin Mensuel de la Societé de Legislation Comparée. Nos. 4 - 6. Avril - Juin 1927. pág. 218.

gaciones y contratos; y si la unificación de este último es ya casi una realidad en el orden internacional, mucho menor esfuerzo con igual beneficio para la ciencia, y para la práctica del derecho, demandaría la unificación de ambos, en el orden interno de un país.

5°. — El estudio que precede nos lleva a la conclusión de que, mientras se mantenga la actual división del derecho privado, el derecho comercial no dejará de ser un derecho fragmentario y particularista en cuyo estudio va casi siempre olvidada la teoría general de las obligaciones; un derecho a cuyo derredor se amalgaman una serie de institutos nuevos, muchos de ellos ajenos a la verdadera actividad comercial, sin sujeción a un principio general que los gobierne a todos. El Código de Comercio seguirá siendo un código de clase, cuya armadura profesional lo pone muchas veces en oposición con las exigencias de una estricta justicia. El contraste entre esta dualidad legislativa y la unidad esencial de nuestra vida económica subsistirá con evidente perjuicio para la ciencia del derecho. En cambio, aproximando los Institutos que hoy encuentran su disciplina en ambos Códigos, y fundiéndolos en un Código único, se llegará, como dice Vivante, a una construcción jurídica más perfecta. La obra reunida de cuantos se afanan en la investigación del derecho privado, conducirá a una elaboración científica más alta, donde la masa enorme de los Códigos y leyes especiales, que ahora parece impedir la formación de un derecho científico, será simplificada con la conquista de principios y definiciones que podrán reemplazar a una infinidad de reglas dispersas y repetidas en forma inconsulta en nuestras leyes. (35)

---

(35) Vivante: L'unità del Diritto Privato, en Trattato, ob. cit. pág. 19.

## CAPITULO II

## LA QUIEBRA Y EL CONCURSO CIVIL DE ACREEDORES

- 6) : *Algunos antecedentes históricos.* — 7) : *Estado actual de la legislación.* — 8) : *Concepto económico y jurídico de la Quiebra, y su identidad con el Concurso Civil.* — 9) : *La tutela del crédito.* — 10) : *Contradicción científica e inconvenientes prácticos que resultan de limitar la falencia a los comerciantes.* — 11) : *El derecho argentino.* — 12) : *El Concordato.* — 13) : *La unificación legislativa.*

6. — El concepto de que los bienes del deudor constituyen la garantía común de los acreedores, y el principio de la ejecución de las obligaciones por *equivalente*, no nació sino en una época ya avanzada del derecho. Es que, en realidad, se trata de una concepción jurídica algo compleja <sup>(36)</sup> que no podía aparecer sino en una fase ya evolucionada de la vida del derecho. Así se explica como, en el período de la Ley de las XII Tablas, no se tuviera en cuenta sino la persona del deudor y cuando éste no cumplía sus obligaciones, era sobre su cuerpo y no sobre sus bienes, sobre lo que podían accionar sus acreedores. Seguramente no habrán sido muchos los casos en que los acreedores hayan usado del derecho de repartirse en porciones el cuerpo de su deudor, y talvez, como dice Vivante <sup>(37)</sup>, el precepto habrá quedado en la práctica una mera amenaza ya que la ejecución habría quitado todo valor al cuerpo del deudor. Pero es lo cierto que ese procedimiento era adecuado al concepto rudimentario de las obligaciones que entonces tenían los Romanos, concepto según el cual la obligación no era sino un vínculo que ligaba la persona del deudor, una forma de sometimiento físico, esto es, de un derecho del acreedor sobre el cuerpo de su deudor, derecho constituido a objeto de obtener del deudor mismo, *el dinero que él debía.* <sup>(38)</sup>

Ese procedimiento armonizaba, según decimos, con las ideas

(26) Rocco: Il Fallimento. Teoria Generale ed origine Storica. Edic. 1917, Fratelli Bocca

(37) Vivante: Il Fallimento Civile. — Apendice al Trattato di Diritto Comm., pág. 325.

(38) G. Pacchioni, — En la Rivista del Diritto Comm. citado, pág. 212.



dominantes entre los Romanos de aquella época que no veían, en la obligación, sino las personas del deudor y acreedor; quizás — y esto es lo probable — esa forma de subordinamiento físico, la idea de que el deudor podía ser aprehendido y su cuerpo repartido entre sus acreedores en proporción a sus respectivas acreencias, no habrá sido, en la práctica, sino un medio indirecto de obtener la ejecución con los bienes del deudor, ya que éste para escapar a la ejecución, habría tratado de enajenar lo necesario para obtener el dinero que debía entregar a su acreedor. Obrando la disposición legal sobre la voluntad del deudor en forma de amenaza de un dolor físico se habrá conseguido indirectamente, lo que, en un estado más avanzado de la vida jurídica se obtuvo directamente: hacer que el patrimonio del deudor sirviera a cubrir sus propias obligaciones. De todos modos era ya el procedimiento de las XII Tablas un medio de ejecución colectiva, en el cual se mantenía la igualdad entre los acreedores, repartiendo el cuerpo de su deudor en forma proporcional al monto de los respectivos créditos. Se trata, eso sí, de un procedimiento *Substancialmente* privado, de un régimen de auto-defensa, si bien controlada y regulada por la autoridad pública. (39)

Cuando, con el progreso de las concepciones jurídicas, la simplicidad primitiva de considerar la obligación como un vínculo absolutamente personal y directo del deudor respecto del acreedor, fué substituída por la idea de que la prestación que formaba el objeto de la obligación podía ser obtenida *indirectamente*, mediante ejecución sobre los bienes del deudor, el procedimiento de la Ley de las XII Tablas fué reemplazado por el Instituto de la *missio in bona debitoris*, primero como un medio coactivo para inducir al deudor a entregar la prestación debida, y luego, si este se mostraba recalcitrante, se completaba con el instituto de la *vendictio bonorum*. (40) Por el primero se ponía al acreedor en posesión de los bienes de su deudor, para procurar así, que éste, ante la violencia que tal hecho le significaba, cumpliera la obligación. Era siempre un medio de coacción sobre la voluntad, y si este medio no producía el efecto esperado, el segundo instituto completaba el procedimiento: los bienes eran entregados a un tercero (*bonorum emptor*)

(39) Rocco: Il Fallimento, pág. 134.

(40) Ramella, ob. cit. pág. 27.

quien, en forma semejante a la de un sucesor universal, adquiriría los bienes y se hacía cargo de las deudas. Pero, como es natural, no hubiera sido fácil encontrar una persona que se hiciera cargo de las deudas sino cuando los bienes que se le entregaban hubieran sido suficientes a cubrirlas. De aquí que los acreedores se encontraban en la necesidad de no pretender del sucesor la parte de sus créditos que eventualmente excediese del valor de los bienes. <sup>(41)</sup>. En estos dos institutos se encuentran las fuentes más importantes para el desenvolvimiento ulterior del Instituto de la Quiebra. En ellos se encuentran, efectivamente, consagrados los principios de universalidad en la ejecución y del concurso de todos los acreedores con igualdad en el tratamiento, que son las características más salientes de la moderna institución de la falencia. <sup>(42)</sup>

Posteriormente, la venta en block de los bienes del deudor fué reemplazada por la venta en detalle (*bonorum distractio*) hecha por un curador, nombrado por los acreedores reunidos en asamblea, y en pública subasta, a beneficio siempre de todos los acreedores que concurrían a hacer efectivos sus derechos sobre el precio, en igualdad de tratamiento, salvo las causas legítimas de preferencia. Después de la venta los acreedores conservaban sus derechos para exigir la parte no cubierta de sus acreencias, a menos que hubiesen convenido en un concordato (*pactum de non petendo*), en el cual la mayoría no obligaba a la minoría disidente. <sup>(43)</sup>. He ahí, un esquema de lo que hoy constituye la Institución de la Quiebra.

Fácilmente se advierte después de la síntesis histórica que hemos referido, que en las ejecuciones colectivas, ya fueran sobre la persona o sobre los bienes del deudor, no se hacía distinción alguna entre deudores comerciantes o no comerciantes; el procedimiento colectivo se aplicaba a todos los deudores y en beneficio de todos los acreedores. Y se explica que así ocurriese. Ya dijimos en el Capítulo I, N° 1, que los romanos no conocieron la división del derecho privado en las dos ramas de Civil y Comercial, de modo que, siendo un mismo derecho el que regía para comerciantes y no comerciantes,

(41) Rocco: Il Fallimento, pág. 147.

(42) Ramella, ob. cit. pág. 27. — Ch. Lyon Caen et L. Renault. — *Traité de Droit Commercial*. 4<sup>a</sup> Edic. Librairie General de Droit et de Jurisprudence. — Año 1914, Vol. VII, pág. 6.

(43) Vivante: Il Fallimento Civile. — *Ap. cit.*, pág. 325.

uno mismo debía ser, también, el procedimiento de ejecución contra los deudores remisos en el cumplimiento de sus obligaciones. Pero, ni aún después de haberse establecido aquella separación del derecho privado, se limitó el instituto de la quiebra a los comerciantes; en efecto, en los Estatutos de las Ciudades Italianas no se hacía distinción alguna de deudores, y todos, cualquiera fuese la actividad a que se dedicaban, podían ser declarados en quiebra a instancias de un acreedor. (44). Igual concepto fué mantenido en la ordenanza francesa de 1673, que fué la primera que redujo a sistema las reglas sobre la falencia, según los principios de los Estatutos Italianos. Allí no se establece ninguna distinción y, por el contrario, algunas de sus disposiciones revelan que la ordenanza se aplicaba indistintamente a comerciantes y a los no comerciantes. (45)

Fué recién en el Código Francés de 1807, redactado a base de aquella ordenanza, que se introduce la limitación de este Instituto a los que ejercen el comercio. (46). Y esta restricción pasó luego del Código Francés a la mayoría de los Códigos de otras naciones que siguieron aquel modelo.

7. — La legislación contemporánea sobre concurso de acreedores, en lo relativo a la extensión de sus disposiciones a las distintas categorías de deudores, puede dividirse en dos grupos: (47): El grupo latino que comprende los Códigos de Comercio Francés, Italiano, Español, Argentino y todos los de las naciones Sud Americanas; y el grupo Anglo - Germánico, que involucra las legislaciones Inglesa, Alemana, Austriaca y Norte Americana.

Las del primer grupo contienen en sus respectivos Códigos de Comercio (con excepción del Brasil que no ha incluido en su actual Código la parte de Quiebras) un libro especialmente destinado a las Quiebras y aplicable tan sólo a los comerciantes; hacen así, de esta institución, nacida para la tutela de los acreedores, un institu-

(44) Ramella: ob. cit. pág. 35. — Rocco: Il Fallimento, pág. 202, Ch Lyon Caen, et L. Renault, ob. cit. Vol. VII, pág. 7.

(45) Ramella, ob. cit. pág. 40. — Ch. Lyon et L. Renault, ob. cit. Vol. VII, pág. 11/12.

(46) Ch. Lyon Caen et L. Renault, ob. cit. Vol. VII pág. 21. — Navarrini, ob. cit. Vol. VI, pág. 12.

(47) Creemos innecesario seguir aquí la división, ya clásica en la doctrina, de las legislaciones sobre quiebras en tres grupos: el Francés, el Germánico y el Anglo-Americano, ya que para nuestro objeto solo existen los dos grupos que mencionamos en el texto.

to propio del Derecho Comercial. La concurrencia de los acreedores de los no comerciantes no ha sido materia especialmente reglada en la legislación de fondo y se encuentra diversamente legislada en los Códigos procesales.

En Italia y análogamente también en Francia, no existe un procedimiento colectivo contra el deudor no comerciante. (48). Allí cada acreedor puede iniciar ejecuciones parciales contra su deudor, ejecución que no comprende sino determinados bienes y no todo el patrimonio del obligado. Del producido de esta ejecución pueden participar todos los acreedores, pero no les es permitido intervenir en el procedimiento, sino al sólo efecto de repartirse el valor recabado en la venta del bien que ha sido objeto de la ejecución. Este procedimiento presenta, como se ve, una doble característica: 1°: Es una ejecución *especial*, que comprende, no todo el patrimonio, sino determinados bienes del deudor. 2°: Es una ejecución *universal*, o *a base de inclusión*, esto es, que comprende a todos los acreedores, y es conducida en favor de todos ellos. (49)

Se combinan así, como dice Rocco, dos principios que en sí mismos no armonizan mucho: la *especialidad* del elemento patrimonial realizado, y la *universalidad* de los acreedores participantes a producido. De modo pues que, sobre el precio de los bienes sujetos a cada ejecución parcial se abre un *concurso*, al cual son admitidos con iguales derechos todos los acreedores no munidos de un privilegio de cualquier género; se tienen, pues, tantos procedimientos parciales de concursos, cuantas sean las ejecuciones iniciadas. (50)

Este procedimiento, como es natural, está muy lejos de constituir una garantía para los acreedores, y lejos también de hacer efectivo en todos sus alcances, el principio establecido por los Arts. 2092 - 2093 del Código Civil Francés, y 1948 - 1949 del Código Civil Italiano, de que el deudor responde de las obligaciones contraídas con todos sus bienes y que éstos constituyen la prenda o garantía común de todos los acreedores. Es cierto que todos los que tengan derechos creditorios contra el deudor, pueden concurrir al pro-

(48) Rocco: *Il Fallimento*, pág. 95. — Roberto Parry: *El Concurso Civil de acreedores y la extinción de las Obligaciones*. — Edic. Cony, 1921, pág. 23/4.

(49) Rocco: *Il Fallimento*. Pág. 96.

(50) Rocco: *Il Fallimento*, pág. 97. — Parry, ob. cit. pág. 29. — Navarrini, ob. cit. Vol. VI, pág. 15/16.

ducido de las ejecuciones parciales; pero es lo cierto también que no siempre llegan a su conocimiento las noticias de que tales ejecuciones se hayan iniciado, por la deficiencia del sistema de publicidad, y en tales casos, el que ha iniciado el procedimiento puede muy bien cobrar íntegramente su crédito y los demás quedar burlados en la garantía que les acuerdan los citados artículos de las leyes de fondo. (51). De ahí que, en Italia especialmente, se ha levantado desde hace ya mucho tiempo, una tendencia bastante generalizada entre los tratadistas, sosteniendo la necesidad de extender a los no comerciantes el mismo procedimiento colectivo creado para los comerciantes. (52). Y la Comisión nombrada por el Gobierno en 1919, para la reforma del Código de Comercio, había resuelto aconsejar que se dicte una ley uniforme para los concursos civiles y comerciales. (53).

En España se ha establecido el concurso civil de acreedores en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con disposiciones semejantes a las del Código de Comercio sobre la Quiebra, en cuanto a la concurrencia de los acreedores, forma de distribución del producido de los bienes, etc. pero de menos eficacia en lo que respecta a las sanciones contra el deudor de mala fé. La misma ley instituye también el concordato, con el cual se pone término al juicio de concurso.

En nuestro país no existe una ley común a todas las Provincias que legisle sobre la concurrencia de los acreedores en los bienes del deudor común no comerciante. La materia ha sido abandonada en los Códigos de fondo, y considerándola como cuestión puramente procesal, las Provincias han incluido en sus respectivos Códigos de Procedimientos, disposiciones relativas al concurso civil de acreedores. Se trata de una legislación en absoluto deficiente, que, según veremos más adelante, dista mucho de ser eficaz para garantizar a los acreedores sus derechos al patrimonio del deudor común.

(51) Navarrini, Vol. VI, ob. cit., pág. 15. — Ramella, ob. cit. Vol. I, pág. 11.

(52) Ercole Vidari: Corso di Diritto Commerciale, cit. Vol. VIII, N° 4302. — Vivante: Il Fallimento Civile, nel Trattato cit., pág. 332. — Ramella, ob. cit. Vol. I, págs. 64/5.

(53) Ver la "Relazione" del Presidente de la Comisión, profesor Vivante, en Progetto Prelim. cit., pág. 201.

Las legislaciones que hemos comprendido en el segundo grupo, representan un evidente progreso sobre las del primero, puesto que consagran una verdadera protección del crédito, contra cualquier clase de deudor. En ninguna de ellas se establece distinción entre deudores comerciantes y no comerciantes, alcanzando, en consecuencia, a todos éstos, las disposiciones reglamentarias del concurso de acreedores.

En Inglaterra, la Ley de 1883, mantuvo el criterio de la de 1869, en cuanto somete a todos los deudores al juicio de Quiebra, sin distinción entre comerciantes y no comerciantes; más aún, suprimió las disposiciones que en esta última eran especiales para los comerciantes, estableciendo así una completa igualdad de tratamiento para las dos clases de deudores. <sup>(54)</sup>. Esta ley ha sido parcialmente modificada en 1885, y en 1890, pero sin alterar lo fundamental del sistema por ella establecido, siendo la más importante la modificación introducida por la ley de 1890, que establece una diferencia marcada para ciertos efectos, entre bancarrota fraudulenta y quiebra debida a circunstancias desgraciadas. <sup>(55)</sup>

La Ley de Bancarrotas de los Estados Unidos de América, tampoco hace distinción entre comerciantes y no comerciantes. Conforme a lo dispuesto por la Sección 4, toda persona, excepto las Corporaciones Municipales, ferroviarias, de Seguro o bancarias, tienen derecho a los beneficios de la ley, en cuanto pueden solicitar voluntariamente su quiebra; para que la quiebra pueda ser declarada a pedido de un acreedor, es necesario que las deudas no sean inferiores a mil dólares, <sup>(56)</sup> de modo que los pequeños deudores quedan excluidos de la quiebra involuntaria, pero pueden, voluntariamente, solicitarla. Esta Ley, de aplicación en todo el territorio de los Estados Unidos, ha sido inspirada en el concepto de que el deudor que cae en estado de quiebra constituye siempre una fuerza

(54) Ch. Lyon Caen et L. Renault, ob. cit., Vol. VII, pág. 42. — Parry, ob. cit., pág. 37. — Ramella, ob. cit. Vol. I, pág. 50. — Ch. Lyon Caen — Loi Anglaise sur la Faillite du 25 Août 1883 — Pág. XXIII, Intr.

(55) Ramella, ob. cit. Vol. I, pág. 49. — Lyon Caen et L. Renault, ob. cit. Vol. VII, pág. 42.

(56) Eduardo M. Noón: Ley de Bancarrotas de los Estados Unidos de América. — Editor José Tragat, 1918, pág. 98. — Ramella, ob. cit. pág. 51. —

económica ponderable que el Estado debe cuidar en beneficio del interés social; de ahí que se permite el concordato con efecto respecto de todos los acreedores cuando fuera aceptado por la mayoría de los acreedores que representan mayoría de capitales; y de ahí también el derecho que acuerda al fallido para solicitar su rehabilitación después de un mes de declarada la quiebra, siempre que no haya incurrido en algunas de las faltas que la misma ley sanciona. Con esta disposición se da satisfacción al concepto inspirador de la ley: permitir que un hombre que ha sufrido un grave contraste en su actividad económica pueda reconstruir su patrimonio a base de trabajo, sin tener la preocupación de sus deudas anteriores; la rehabilitación produce, pues, la extinción de las obligaciones. Esta ley tiene muchos puntos de semejanza con la Ley Inglesa, pero se diferencia en una cuestión importante: aquélla no ha organizado una administración central con funciones análogas a las del *Board of Trade* y del *Official receiver* de la Ley Inglesa (57); en su lugar, se instituye el *referee* especie de funcionario judicial nombrado por los Tribunales por un término de dos años, y con funciones de pura vigilancia; los acreedores designan también uno o tres Síndicos, que son los encargados de liquidar los bienes de la masa y distribuir el dividendo que corresponda. (58)

La legislación alemana sobre Quiebras, si bien responde a una concepción doctrinaria distinta de la Inglesa y Norte Americana, tiene con éstas de común, que comprende en sus disposiciones a todo deudor, sea o no comerciante, si bien contiene para estos últimos disposiciones especiales de un mayor rigor, sobre todo para los casos de fraude.

El Derecho Comercial Alemán, orientado en un concepto francamente diverso del Francés, Italiano y del nuestro, es un derecho de pura esencia profesional; el Código de Comercio no rige sino para comerciantes, quedando excluidos de sus disposiciones los que, sin serlo, contraten con un comerciante o los que realizan accidentalmente algún acto de comercio. Es este un sistema esencialmente subjetivo, en el cual no entran los actos comerciales llamados obje-

---

(57) Ramella: ob. cit., pág. 53.

(58) Naón: ob. cit., pág. 136.

tivos en la doctrina francesa e italiana, (59) que es también la doctrina que informa la división de los actos de comercio en nuestro derecho mercantil. El Código de Comercio Alemán ha reducido pues su campo de aplicación a las relaciones nacidas entre comerciantes y con motivo de su comercio, es más que un Código de Comercio, un Código de los Comerciantes.

Reducida así el área jurisdiccional del derecho mercantil, paralelamente el derecho común o derecho Civil, extiende su imperio al mayor número de ciudadanos; se produce de este modo, y aunque no con toda amplitud, la unidad del derecho privado, ya que éste somete a su jurisdicción toda clase de relaciones, civiles y comerciales, ya sean originadas entre personas no comerciantes, o entre éstos y comerciantes, excluyéndose tan solo las que se producen entre comerciantes. (60). Ante tal situación, pues, era lógico que la ley que rige la insolvencia económica prescindiera de toda

- 
- (59) Lorenzo Mossa: Il Progetto Austro-Tedesco di un Codice di Commercio, en la Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni, año 1921, 1ª P., página 316 y siguientes; y del mismo profesor, en la misma Revista, año 1926, 1ª P., página 233 y siguientes: I Problemi Fondamentali del Diritto Commerciale.
- (60) El profesor de la Universidad de Padova, Alberto Asquini, analizando recientemente el estudio crítico que sobre el Proyecto de nuevo Código de Comercio para Italia ha realizado Lorenzo Mossa, y refiriéndose a la tesis de este profesor de que el Derecho Comercial debe ser tan sólo el Derecho de las Empresas Comerciales eliminándose del Código toda referencia objetiva a los actos de comercio — tal cual ocurre en el Derecho Alemán — afirma también que esta tesis conduciría al Código Unico de las Obligaciones, ya que la organización comercial profesional que quedaría, no sería suficiente para fundar un sistema autónomo de derecho. Coincide pues, con el concepto que acabamos de enunciar respecto del derecho alemán. En el mismo trabajo — que llega recién a nuestras manos — después de haber escrito la "Introducción" de esta monografía, Asquini estudia igualmente la tesis del profesor Mario Rotondi desenvuelta también con motivo de un estudio crítico sobre el proyecto Italiano, en el cual Rotondi se declara partidario de la Unidad del Derecho Privado, y afirma que debe llegarse a ella por el mismo camino que nosotros hemos insinuado más arriba — en el N.º 2 in fine — esto es, trayendo al Código de Comercio la total disciplina de las Obligaciones; extensión esta que, según el mismo autor, tiene ya una amplia manifestación en el citado proyecto, con una larga serie de disposiciones propias de la materia obligatoria en general. Es realmente grato para nosotros constatar esta coincidencia con el distinguido profesor, más aún cuando este recoge la causa del Código único de las obligaciones — son las palabras de Asquini — precisamente cuando ella ha sido abandonada por el Maestro que con mayor vigor y con mayor autoridad, la había pregonado en Italia. Ver el trabajo de Asquini, en la "Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni", mes de Octubre de 1927, 1ª. P., pág. 507 y sgts.: Codice di Commercio, Codice dei Commercialisti, o Codice Unico di Diritto Privato?



distinción de clase; prescindiera de la condición de las personas para tomar tan solo en cuenta la situación de un patrimonio: cuando este patrimonio fuera impotente para mantener un carácter de prenda común de los acreedores, cuando no respondiera a la necesaria igualdad que debe existir entre éstos, ese patrimonio debía ser sometido a un procedimiento de liquidación que hiciera posible la paridad de derechos entre los que habían contribuido a formarlo; de ahí pues, que, con este criterio, que es el más apto a proteger los derechos creditorios, los alemanes hayan dictado su Ley de Quiebras común para todos los deudores.

Aparte de esta ejecución colectiva de los bienes del deudor, establecida para los casos de insolvencia o desequilibrio económico, el derecho alemán reglamenta también otra forma de ejecución, la ejecución individual para el caso de solvencia o equilibrio económico del deudor. A la ineficaz e ilógica distinción del derecho francés e italiano, entre deudores comerciantes y no comerciantes, el derecho alemán substituye la distinción más racional y científica entre solvencia o equilibrio económico, e insolvencia o desequilibrio: para la primera basta proteger las ejecuciones individuales ya que teniendo el deudor bienes suficientes con qué cubrir sus deudas, ningún perjuicio se ocasiona a los demás acreedores; y para la segunda, organiza el procedimiento colectivo propio de las quiebras. La ejecución individual, que es la ejecución ordinaria, aplicable, según decimos, a los casos de solvencia, es un procedimiento *a base de exclusión*, es decir, se trata de un procedimiento que sólo comprende determinados bienes del deudor y no todo su patrimonio, y es conducido en favor del acreedor ejecutante, con exclusión de todo otro acreedor. <sup>(61)</sup>. Este procedimiento, completamente distinto del que existe en Italia y Francia, según vimos anteriormente, es semejante al del juicio ejecutivo que organizan las leyes procesales en nuestro país.

En Austria, la ley de Quiebras de 1868 inspirada en la legislación francesa, era una ley especial para los comerciantes; los muchos años que llevaba de vigencia habían revelado a los juristas austriacos, el atraso en que vivían acerca de esta materia de importancia capital en el desarrollo de la actividad económica; ellos ha-

---

(61) Rocco: Il Fallimento, pág. 91/92.

bían podido apreciar la evolución del régimen germánico, en progresiva renovación, y también la de los regímenes francés e italiano que tenían con el de Austria muchos puntos de contacto y muchos principios comunes. De tal modo pues que, no obstante las excepcionales circunstancias política e internacional porque atravesaba, Austria dictó en 1914 una nueva ley sobre concursos, que entró en vigor el 1.º de Enero de 1915. La nueva legislación, siguiendo la benéfica influencia de la ley alemana, representa un gran progreso sobre la anterior. En primer lugar ha suprimido toda distinción acerca de la clase de deudores y somete a su imperio tanto a los comerciantes como a los no comerciantes. El concordato, que antes solo era permitido a los comerciantes, está ahora instituido con carácter preventivo en beneficio de todos los deudores, con tal que hayan procedido de buena fé; a este efecto, los jueces tienen facultad de negarle aprobación al concordato, cuando las condiciones del deudor no aseguren su cumplimiento. Una novedad esencial de esta ley, la constituye la nulidad con que sanciona los derechos de preferencia o privilegios adquiridos en los sesenta días anteriores a la apertura del concurso ya sea que la adquisición de este privilegio se haya producido a consecuencia de una ejecución iniciada, o se trate de una garantía acordada expreso por el deudor. (62). Austria tiene pues, una legislación moderna, que garantiza con la mayor eficacia los derechos de los acreedores y que puede ser imitada con ventaja por nuestro país, ya que representa la síntesis de una larga experiencia y observación de la actividad económica de un pueblo de progreso y de intensa vida comercial e industrial.

Finalmente, Suiza, que ha dado el mejor y más valioso ejemplo de coordinación de la unidad esencial de la vida económica con la unidad legislativa del derecho privado, tiene también una ley de quiebras que comprende a cualquier deudor insolvente, sea o no un profesional del comercio. La ley Suiza sobre persecución por deudas y quiebras, permite ser declarado en quiebra: a) : a los comerciantes; b) : a los no comerciantes que hayan usado de la facultad de hacerse inscribir en el Registro de Comercio; c) : a cualquier deudor, civil o comercial, cuya residencia se ignore o que se

---

(62) Ver: Il Nuovo ordinamento concorsuale in Austria, en la Rivista del Diritto Commerciale o del Diritto Generale delle Obligazioni, año 1915, 1ª. P., pág. 251.

haya fugado, o que se haya hecho culpable de fraude o subtracción de bienes. (63).

De la relación que acabamos de hacer, acerca del estado actual de la legislación extranjera sobre concursos, podemos deducir esta conclusión: Las Naciones de una vida comercial e industrial más activa, y adelantada; las Naciones donde la economía pública y privada, es un ejemplo de organización, y donde la función del crédito se estima como la base misma de toda la actividad económica, han consagrado la unidad legislativa para concursos, unidad que no es sino un aspecto de la más amplia y fundamental unidad del derecho privado. (64).

La superioridad de estas leyes sobre las del tipo latino es evidente; el crédito encuentra en ellas una protección eficaz, y el principio consagrado en todas las legislaciones de que los bienes del deudor constituyen la prenda común de los acreedores, recibe plena aplicación. Prueba de esto nos la da la Comisión nombrada por el Gobierno Italiano para la reforma del Código de Comercio, que después de estudiar el problema de la unificación, resolvió aconsejar la sanción de una ley de quiebras que comprenda por igual a civiles y comerciantes. Tal es el estado actual de la cuestión, en cuya senda tendrán que entrar todos los países que aspiren a una amplia y segura tutela del crédito.

8. — La actividad económica en el mundo moderno, no se desenvuelve sino mediante el apoyo que le presta el crédito; su organización constituye la base de todo el desarrollo comercial e industrial de un país, es decir, de los dos principales factores de la riqueza pública y privada.

El crédito que ha sido, con acierto, considerado como una forma particular y perfeccionada del cambio económico, (65) en el cual la prestación de una de las partes es actual, y la contraprestación de la otra, futura, es decir, que corre un intervalo de tiem-

(63) Ramella: ob. cit. Vol. I, pág. 45 — Ch. Lyon Caen et L. Renault, ob. cit., Vol. VII, pág. 44.

(64) Esta unidad ha sido también establecida en Rusia, donde el Código Civil rige igualmente a los comerciantes, y sólo excluye las relaciones agrarias, las nacidas de la locación de fuerzas obreras y las relaciones de familia que son regidas por Códigos separados. Art. 3º, del Código Civil de la République Socialiste Federative des Soviets de Russie.

(65) Rocco: Il Fallimento. ob. cit., pág. 3.

po entre prestación y contraprestación, presupone la existencia actual en el que recibe el crédito, de un bien en *potencia*, esto es, de algo económicamente realizable a la época del vencimiento de la operación, a la época en que debe efectuar la contraprestación equivalente al valor que recibió con anterioridad. Es la expectativa actual de un bien futuro, de parte del que ha de recibir, lo que determina a la otra parte a otorgar el crédito. Cuando del crédito se dice, — escribe Rocco — que él es un cambio de bienes presentes con bienes futuros, se entiende, simplemente, que el cambio se produce entre un bien que el dador del crédito *tiene ya a su propia disposición* y un bien que el que recibe el crédito *no tiene* aún a su propia disposición, o sea entre un bien ya realizado y un bien realizable en el futuro; pero no se pone en duda que, desde el principio, el bien debe presentarse como realizable o disponible en el futuro. (66)

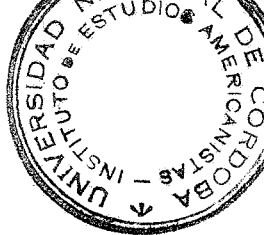
En todo este mecanismo, y si bien el dador del crédito tiene siempre en cuenta la perspectiva de su deudor en un bien futuro, —lo que en concepto de Rocco, demuestra que siempre hay un elemento real aún en el llamado crédito personal — interviene con fuerza *decisiva*, la confianza que el solicitante del crédito haya sabido inspirar al otorgante; y esta confianza se presenta siempre a la consideración del dador del crédito, bajo una doble faz: primero, en relación a las condiciones de moralidad del que recibe, de las cuales en todo caso, aquel induce que éste ha de hacer cuanto le sea posible por obtener el bien que necesita en el momento de satisfacer la contraprestación a que se obligó; y en segundo lugar, la posesión actual de bienes realizables en el futuro, o la capacidad productiva del receptor que le permita adquirir, para la época conveniente, el bien con que debe satisfacer la expectativa del acreedor, ya que el hombre, económicamente considerado, es también un capital productivo de nuevos valores.

Ahora bien, cuando la *perspectiva* de realización que existía en el que recibió el crédito llega a satisfacer *la expectativa* del acreedor, la contraprestación se cumple y entonces el cambio a crédito ha funcionado normalmente. (67). A la inversa, cuando aquella perspectiva se ha desvanecido, ya sea porque desde un principio no

---

(66) Rocco: *Il Fallimento*, pág. 4.

(67) Rocco: *Ob. cit.*, pág. 5.



pudo existir — y entonces ha habido engaño para el acreedor, (por eso dijimos que las condiciones de moralidad del que recibe forman un elemento de apreciación para el que otorga el crédito, puesto que cuando esas condiciones existen no puede producirse el caso que enunciamos) — o ya porque circunstancias eventuales las han hecho irrealizables, entonces el funcionamiento del mecanismo creditario se vuelve anormal, “el cambio a crédito no puede perfeccionarse — dice Rocco — y se produce así una perturbación que se llama, precisamente, *Quiebra*.”

Para que pueda afirmarse que esta situación anormal se ha producido, no basta el sólo hecho de no satisfacer oportunamente la contraprestación, sino que es necesario que ese incumplimiento derive de una imposibilidad *económica*, de insuficiencia del medio conque el deudor debe dar satisfacción a la *espectativa* del acreedor. De aquí puede resultar que, muchas veces, el que recibió el crédito tenga bienes que excedan del valor de sus deudas y encontrarse, sin embargo, en estado de falencia por la imposibilidad actual de realizar esos bienes en forma que le resulte apta a cumplir la contraprestación. Y puede ocurrir también que un deudor tenga un pasivo muy superior a su activo y continúe, a pesar de todo, afrontando el cumplimiento de sus obligaciones, ya sea porque haya sabido mantener a base de engaño y simulación, esa apreciación general (social) así de sus actividades ocultas como de sus cualidades y aptitudes personales que hacen confiar en la actividad futura de un patrimonio y de su buen empleo, (68) que es en lo que consiste el crédito, ya porque vaya realizando sus bienes y transfiriendo así la pérdida de los acreedores actuales en los acreedores futuros, en cuyo caso, a pesar de cumplir sus obligaciones el deudor se encuentra igualmente en Quiebra. Distinta es, entonces, la falencia, del equilibrio o desequilibrio patrimonial.

En definitiva, podemos fijar el concepto económico de la quiebra, siguiendo las sabias enseñanzas de Rocco, como la situación de aquel que, habiendo recibido una prestación a crédito, no tiene a su disposición, para ejecutar la contraprestación, un valor suficiente, realizable en el momento en que esta contraprestación

(68) Gustavo Bonelli: Del Fallimento, en el Commentario al Codice di Commercio redatto da un Collegio di esimi Giureconsulti, 2ª. edición. Vallardi, 1923. 1ª. parte, página 5.

debe ser cumplida. La Quiebra es, pues, un estado de desequilibrio entre los valores realizables y las prestaciones a cumplirse. (69).

El concepto económico de la quiebra que dejamos establecido, es sólo comprensible de la quiebra de un comerciante, o abarca, por el contrario, a todo deudor? He ahí un problema que interesa, a nuestro objeto, resolver, para lo cual plantearemos, como previa, esta cuestión: el crédito comercial es de *naturaleza* distinta al crédito que llamaremos civil? El crédito no es, desde luego, sino un fenómeno económico; y para la ciencia de la Economía Política el crédito se considera como una sub-especie del cambio calificada por la circunstancia de que una prestación actual debe ser satisfecha mediante una contraprestación futura, esto es, que siempre un intervalo de tiempo divide la prestación del que acuerda el crédito de la contraprestación del que recibe. El fenómeno se produce entonces con prescindencia de la condición profesional de los que intervienen. Para la ciencia económica la importancia fundamental del crédito radica en lo que antes hemos llamado su normal funcionamiento: cuando el que recibe la prestación la reintegra en su oportunidad, el crédito ha cumplido su función económica, es decir, ha funcionado normalmente. Esto se advierte en cualquiera de las distintas clases de crédito, ya sea el crédito comercial, el crédito agrícola o el llamado crédito de consumo. El comerciante que usa del crédito lo hace en vista de una inversión útil del valor que recibe, tiene en mira hacerle producir nuevos valores: por ejemplo, cuando descuenta pagarés en un Banco, lo hace con el objeto de movilizar esos valores y hacerlos producir un mayor interés que el que paga el Banco, invirtiéndolo en nuevas operaciones comerciales.

Y desde que al vencimiento se encuentra en situación de cumplir su contraprestación, (siempre que no lo haga por medios fraudulentos) es porque el crédito ha llenado su finalidad económica. El agricultor que usa del crédito ya sea solicitando dinero a los Bancos para el levantamiento de su cosecha o ya comprando a plazos al comerciante los útiles y provisiones para el personal que ocupa, lo hace también con la finalidad económica de obtener el producto de su explotación industrial. Y cuando a la época en que debe satisfacer la contraprestación ha *realizado* los valores neces-

(69) Rocco: Il Fallimento, páginas 5/6.

rios, es prueba también de que el crédito ha llenado su función. Finalmente, el mismo proceso se advierte en el llamado crédito de consumo, el que la ciencia económica mira con más desfavor. El que utiliza un valor recibido a crédito para un objeto improductivo, (comprarse una obra de arte, por ejemplo) lo hace teniendo en cuenta, que su personal actividad productiva ha de permitirle, contar a la época del vencimiento, con los valores necesarios para cumplir con su acreedor; y éste también acepta desprenderse de un bien actual en miras de un bien futuro porque cuenta con los elementos de apreciación a que antes nos hemos referido: moralidad del recibidor, y su estado patrimonial o condiciones de productividad. De modo que, cuando a la época establecida, el deudor satisface la contraprestación a que se comprometió, cabe afirmar que también aquí el crédito ha llenado su finalidad económica, es decir, ha funcionado normalmente.

Esto es lo que en el desarrollo del fenómeno creditorio interesa a la ciencia económica. El proceso que sigue desde los preliminares a su otorgamiento (análisis, por el que ha de acordar el crédito, de los elementos con que cuenta su futuro deudor) hasta el momento de cumplirse la contraprestación del que recibió, (realización del bien que existía en *potencia* a la época del otorgamiento) es exactamente el mismo en cualquiera de las tres categorías de créditos a que nos hemos referido. Se trata, tan solo, de distintas modalidades de un mismo fenómeno, que no alteran su substancia. No hay pues, diversidad de *naturaleza* en las operaciones de créditos, según sean o no comerciantes. Para la ciencia económica produce iguales efectos el incumplimiento de una deuda comercial que el de una civil; talvez, en sus alcances prácticos sean más graves, las faltas de cumplimiento de las obligaciones comerciales, pero esto no sería una consecuencia de la distinta naturaleza de las operaciones de crédito, sino, simplemente, de la mayor extensión con que se usa del crédito en la vida comercial, y del mayor número de personas vinculadas por esta actividad.

De cuanto acabamos de decir, resulta evidente que siendo la quiebra un fenómeno que resulta del anormal funcionamiento del crédito, el estado de quiebra existe siempre que esa anormalidad se produce, es decir, siempre que exista un desequilibrio entre los valores realizables y las prestaciones a cumplirse, cualquiera sea la

condición profesional del deudor. Como hecho económico — dice Rocco — la falencia no es un fenómeno propio de determinada especie de producción, más de la industria comercial que de la manufacturera o de la agrícola; ese hecho, que es una perturbación de la economía *creditoria* puede verificarse y se verifica en cualquier actividad donde se ha usado el cambio a crédito. (70). La quiebra entonces, como fenómeno económico, es exactamente lo mismo en el comerciante y en el no comerciante.

Se ha sostenido, sin embargo, por juristas de gran relieve, que entre el crédito comercial y el crédito civil existen diferencias importantes que justifican un distinto tratamiento legal. (71). La circunstancia de que el comerciante, en el desarrollo de su actividad intermediaria entre productores y consumidores, haga uso del crédito en mayor escala y con más amplitud; y el hecho de que en el otorgamiento de créditos al comercio se tenga más en cuenta que en los otros el elemento *personal*, las condiciones de puntualidad, y las perspectivas de negocios lucrativos, es lo que sirve de base a la distinción. Es, sobre todo, — dice Bonelli — la conducta del comerciante lo que da vida o lo que mata el crédito, su modo de comportarse en las operaciones de intercambio contractual, la precisa observancia de los plazos en el pago de las obligaciones. (72) Pero, observamos nosotros, estas mismas condiciones, no se exigen, acaso, en el otorgamiento de créditos a los no comerciantes? No es exacto que la puntualidad en los pagos sea solo una condición exigible en el crédito comercial; por el contrario, si se observa lo que ocurre en la realidad de las transacciones, es igual, sino mayor la exigencia de esa condición para con los no comerciantes; respecto del comer-

(70) Rocco: Fallimento, pág. 8, y agrega estas importantes consideraciones: Non occorre neppure che al credito si ricorra sistematicamente, ne e vero che solo di fronte a una pluralità di operazioni di credito il fenomeno possa verificarsi. Veró é invece che la possibilità del fallimento accompagna ogni operazione di credito anche isolata; lo squilibrio tra le prestazioni da eseguirsi e le attività a quella scadenza realizzabile, può verificarsi anche se la prestazione sia una sola; é decisivo unicamente il fatto che i valori realizzabili, per quanto numerosi, non riescano a farvi fronte. Certo, come fenomeno inerente allo scambio a credito, il fallimento sarà piú frequente é piú importante la ove il credito é piú usato (come p. e. é nell'industria commerciale); ma nella economia odierna, che é in tutte le sue manifestazioni essenzialmente creditoria, il fenomeno si verifica in ogni specie di produzione e presso tutte le categorie di produttori.

(71) Ludovico Mortara: Commentario al Codice.—

(72) Bonelli: ob. cit., 1ª. P., pág. 7.



ciente se confía mucho en su habilidad para los negocios, en su capacidad para apreciar el estado del mercado, las condiciones de la plaza y el crédito se acuerda, especialmente, en vista de estas condiciones. Es cierto que la puntualidad es un indicio favorable, pero le es tanto en una como en otra clase de deudores. Los Banqueros, por ejemplo, que son los verdaderos agentes del crédito, no hacen distinción entre el comerciante y el que no lo es, para juzgar de sus condiciones morales y de su estado patrimonial o capacidad productiva; ellos juzgan de la persona con prescindencia de su profesión y si para algo tienen en cuenta ésta, es al solo efecto de apreciar su influencia en la integración de aquellos elementos: moralidad y capacidad patrimonial o productiva. No puede, entonces, tenderse una línea de diferenciación económica entre el crédito comercial y el que se destina a otras necesidades. Y tan es esto exacto que el propio Bonelli, sostenedor de la idea de tal diferenciación, encuentra que no debe darse a la distinción entre insolvencia civil y comercial, por ejemplo, del punto de vista de sus *condiciones* de existencia un carácter demasiado absoluto, como si se tratase de dos nociones antitéticas. Al contrario, — dice — la distinción es de naturaleza enteramente secundaria y expresa nada más que una diversa tendencia de la mente en la apreciación. <sup>(73)</sup> Y si no puede hacerse una distinción entre insolvencia civil y comercial, porque las dos expresan un mismo hecho, la impotencia de un patrimonio frente a las deudas que lo gravan, es porque tampoco existe diferencia entre el incumplimiento del comerciante y el del no comerciante.

Si las condiciones de existencia de la insolvencia civil y comercial son las mismas, es porque en los dos casos se ha producido idéntica situación; y si la masa de los créditos que va a sufrir los efectos de la insolvencia ha tenido un idéntico proceso de formación, — según vimos anteriormente — no se vé con qué elementos pueda fundarse una distinción entre créditos comerciales y civiles y menos aún cuando de lo que se trata, es de lo relativo al tratamiento legal de ese estado de insolvencia, o mejor, insuficiencia de bienes actualmente realizables. <sup>(74)</sup>

---

(73) Bonelli: ob. cit., 1ª. P., pág. 8.

(74) Sobre esta cuestión volveremos nuevamente más adelante (Nº. 10).

Cuando el normal funcionamiento del crédito ha sido alterado; cuando la *espectativa* del otorgante del crédito ha resultado defraudada, ya sea por causas *pre-existentes* a la constitución de la relación creditoria (supuesto en el cual el acreedor ha sido engañado) por causas *sobrevinientes*, <sup>(75)</sup> (fracaso de las perspectivas de realización oportuna de los bienes necesarios, en el deudor), o por causas puramente transitorias, (olvido, negligencia o capricho del deudor), se produce una perturbación en la economía creditoria que reclama la intervención del Estado, como órgano del derecho, para obtener una de estas dos cosas: o el restablecimiento de la normalidad funcional del crédito, o la liquidación definitiva del patrimonio cuya impotencia ha ocasionado la perturbación. Lo primero puede conseguirse cuando las causas que han producido la anormalidad son puramente transitorias, como cuando el deudor por olvido, negligencia o capricho, ha dejado de satisfacer la contraprestación a que se obligó, no obstante contar con el valor necesario a tal objeto. Para estos casos, que por lo general no interesan a la economía pública por cuanto sus efectos sólo repercuten en el límite reducido de una hacienda privada, el Estado tiene organizado un sistema de protección individual que pone al servicio del acreedor para que éste sea satisfecho en la prestación que le es debida. Mediante ejecución en los bienes del deudor aquél consigue, por vía de *equivalente*, la prestación que éste debió hacerle; con ello, las cosas vuelven a su estado normal y el funcionamiento del crédito ha recobrado su ritmo habitual. En estos casos, la tutela jurídica del Estado no interesa sino al acreedor insatisfecho y los demás acreedores permanecen ajenos por cuanto teniendo el deudor común bienes suficientes a cubrir sus deudas, el cobro que uno de ellos haga, no modifica la situación patrimonial del obligado. Cuando la intervención del Estado se reclama para llegar al segundo objeto que hemos enunciado, esto es, la liquidación definitiva del patrimonio del deudor, entonces la tutela jurídica la cumple el Estado mediante la organización de un procedimiento colectivo, de un procedimiento que permita hacer efectiva la *par conditio creditorum*. Esto se presenta como una necesidad en los casos en que las causas originarias del anormal funcionamiento del cré-

---

(75) Rocco: Il Fallimento, pág. 9.

dito no son ya, transitorias, sino derivadas de circunstancias más o menos duraderas, que no admiten una solución parcial; cuando, en una palabra, aquel que ha recibido una prestación a crédito, no tiene a su disposición, para ejecutar la contraprestación, un valor suficiente, realizable en el momento en que esa contraprestación se ha hecho exigible. (76). Producida esta situación, el deudor se encuentra, económicamente, en estado de quiebra, y este estado no produce tan solo consecuencias individuales, sino que, aparte de involucrar en sus efectos a todos los acreedores del fallido, extiende su perjudicial influencia a la economía pública, en virtud de la ley de encadenamiento del crédito, que hace repercutir aquel efecto en una serie indefinida de otros patrimonios y llega a veces, hasta provocar verdaderas crisis. (77). El Estado por intermedio de su órgano judicial, interviene entonces, no para prevenir esas situaciones, — que ya se han producido — sino para evitar que algún acreedor pretenda eludir sus consecuencias en perjuicio de los demás, y para tutelar también, el orden público afectado por un hecho semejante. Lo primero se obtiene, según dijimos, mediante la organización del procedimiento colectivo, que reuniendo en una sola masa todos los bienes del deudor, los enajena para hacer efectivo el conocido principio de que esos bienes forman la prenda común de sus acreedores, y colocando luego a todos estos en un pie de perfecta igualdad, — salvo las causas de legítimas preferencias — distribuye entre ellos el producido de la enajenación. Y la tutela del orden público se obtiene mediante las sanciones penales establecidas contra el deudor, que, culpable o fraudulentamente, ha dado lugar a que su patrimonio caiga en estado de quiebra.

El Estado interviene, entonces, para garantizar ese doble orden de intereses, y lo hace, no en forma arbitraria ni obedeciendo a procedimientos ocasionales, sino siguiendo las reglas preestablecidas por su organización jurídica: el conjunto de normas de derecho que regulan el hecho económico de la falencia, se denomina, jurídicamente, quiebra. (78)

Este concepto responde, como se advertirá al concepto eco-

(76) Rocco: *Il Fallimento*, pág. 6.

(77) Rocco: *Fallimento*, pág. 10. — Ramella, *ob. cit.*, pág. 3. — Benelli, *ob. cit.* pág. 3.

(78) Rocco: *Fallimento*, pág. 11.

nómico de la quiebra que hemos expuesto precedentemente, en el cual hemos considerado este fenómeno con un criterio esencialmente objetivo, derivado de un estado patrimonial y no del estado económico de una determinada clase de personas.

Veamos, ahora, si el concepto jurídico de la quiebra se adapta a toda clase de deudores, sean o no comerciantes, para lo cual, partiendo del principio de que el Estado debe intervenir reglamentando lo pertinente al fenómeno económico de la falencia, estudiaremos si el fundamento y objeto de esa intervención es el mismo, ya sea que el dueño del patrimonio en estado de quiebra ejerza o no el comercio.

Dentro de la organización jurídica sobre la cual reposan las sociedades civilizadas, la efectividad de un derecho privado no puede obtenerse por medios propios, sino mediante la intervención de la autoridad coactiva del Estado; y esta coacción actúa siempre, unas veces directamente poniendo al servicio del individuo titular del derecho los órganos de la fuerza física, otras indirectamente, actuando sobre la voluntad del sujeto pasivo, el cual, seguro de que su negativa a satisfacer el hecho o la prestación a que se obligó le traerá aparejadas las sanciones legales del caso, se somete y da satisfacción al derecho de la otra parte. Ahora bien, cuando se requiere la intervención directa de la fuerza coactiva del Estado para obtener el cumplimiento de una obligación, no es ya para ejercer violencia sobre la persona del obligado, sino para obtener, indirectamente sobre sus bienes, lo que él no ha satisfecho directamente. La intervención del Estado es así, esencial, y constituye la base de la existencia de todo sistema de derecho positivo.

La protección de los derechos privados es una de las funciones primordiales del Estado moderno, de modo que cuando esa protección es reclamada por uno o varios individuos, el Estado debe ocurrir, por medio de sus órganos adecuados, y prestar la cooperación requerida. Y es, precisamente, en cumplimiento de esta función que el Estado interviene en el patrimonio de un deudor económicamente fallido, para proteger a los acreedores, y permitir que éstos hagan efectivas por equivalentes las prestaciones que aquél no satisfizo. La protección de los derechos del acreedor, el principio general de que el deudor responde con todos sus bienes al cumplimiento de sus obligaciones, o de que éstos constituyen la

prenda común de sus acreedores, y la necesidad de hacer efectivos esos principios, es el fundamento de la intervención del Estado y de la ejecución forzosa de los bienes del deudor fallido.

Este fundamento, como es fácil advertirlo, no admite distinciones de clase entre los deudores y lo mismo sirve para intervenir una hacienda comercial que el patrimonio de uno no comerciante.

El objeto que el Estado persigue al organizar un procedimiento colectivo para el caso de quiebra (aparte del que es común a toda ejecución, esto es, satisfacer la obligación por equivalente) no es otro que el de colocar a todos los acreedores en un pie de perfecta igualdad en la satisfacción de sus derechos sobre el patrimonio del deudor común. (79) Evitar el daño que resultaría de las ejecuciones individuales para los demás acreedores no ejecutantes, distribuir, como dice Vivante, entre todos los acreedores, en igual medida, los bienes del deudor, a fin de que aquéllos sean compañeros en las pérdidas como fueron compañeros en la confianza dispensada al deudor común (80); la recordada *par conditio creditorum*, tal es el objeto del procedimiento colectivo organizado por el Estado para los casos de falencia.

Este objeto tampoco admite clasificación de deudores en comerciantes y no comerciantes, sino que contempla, tan sólo, la situación de un patrimonio impotente y el conjunto de individuos que sobre el mismo tienen derecho.

En conclusión, pues, tanto el fundamento como el objeto de la intervención del Estado en los casos de quiebra es el mismo, cualquiera sea la condición profesional del deudor; luego uno solo debe ser el concepto jurídico de la falencia y ese concepto, que es el que hemos establecido anteriormente, comprende por igual a civiles y comerciantes. Siendo en consecuencia, idéntico el concepto económico y el concepto jurídico de la quiebra del comerciante y del que no lo es, y persiguiéndose en ambos casos igual finalidad con la organización de un procedimiento colectivo, ese procedimiento debe, lógicamente, ser común a toda clase de deudores.

(79) Ramella: ob. cit., Vol. I, pág. 1. — Ch. Lyon Caen et L. Rensult, ob. cit., Vol. VII, pág. 94. — Bonelli, ob. cit. 1ª parte, pág. 2. — Rocco, Il Fallimento, págs. 11/12. — Navarrini, ob. cit., Vol. VI, pág. 5.

(80) Vivante: Il Fallimento Civile, pág. 324.

9. — Todo el problema jurídico de la quiebra se relaciona con una cuestión vital para la economía pública y privada: La tutela del crédito.

Es ya cuestión que ha salido de la esfera de los técnicos del derecho y pasado de la conciencia de comerciantes e industriales a la conciencia pública, el convencimiento de que nuestro sistema jurídico de protección al crédito no es apto para tutelar con eficacia los derechos de los acreedores. De este general convencimiento ha nacido una desconfianza, cada vez más difundida, en la defensa que las leyes prestan a los que hoy se desprenden de un bien patrimonial bajo la expectativa de una contraprestación futura — que es en lo que consiste, según antes dijimos, el cambio a crédito — y de esta desconfianza derivan graves daños al comercio y las industrias y, por lógica consecuencia, también a la economía Nacional.

Si es verdad, — decía hace algunos años un ilustre profesor de la Universidad de Ferrara — que el comercio y las industrias viven del crédito, no es menos cierto que el crédito, fundado como está sobre la expectativa de una contraprestación futura, se alimenta, no sólo de las cualidades personales del deudor, como serían, su habilidad, su honestidad, su grado de riqueza, sino también de la eficacia de los medios de defensa puestos por la ley a disposición del acreedor. <sup>(81)</sup> Estas consideraciones son tan exactas que a diario las ve confirmadas cualquiera que, en nuestro propio país, observe el desarrollo de las actividades económicas.

Con un sistema Bancario que es la negación misma de todo sistema, carente por completo de régimen legal, donde cualquier aventurero más o menos afortunado consigue reunir los capitales necesarios para abrir un Banco sin más finalidad que enriquecerse defraudando a depositantes y accionistas, e irse a tierra extraña a gozar del fruto de su audacia. Con un deficiente e ineficaz régimen legal de las Sociedades Anónimas y de todas las entidades que se constituyen como personas jurídicas. Con una organización Ju-

---

(81) Vittorio Sacerdotti: "La Tutela del Creditore"; lección inaugural de su curso de Derecho Comercial en la Universidad de Ferrara, en 1915, publicado por la Rivista del Diritto Commerciale e del D. Generale delle Obligazioni, en 1921, páginas 19 y sgts. (algunos años después de la muerte del ilustre profesor, ocurrida en 1916) con una nota al pie que revela toda la trascendencia que en Italia tuvo esa "Proluzione".

dicial que se parece a una lenta y pesada máquina de difícil y costosa movilización, donde al deudor deshonesto le sobra tiempo para hacer desaparecer sus bienes antes que pueda tomar ninguna medida de seguridad el acreedor; donde todo esto ocurre, fácilmente se advierte que el crédito está poco menos que desamparado. La economía creditoria no funciona regularmente y las pérdidas que el comercio y la industria sufren a consecuencia de tal anomalía van en definitiva a repercutir sobre la masa trabajadora de la población que ve recargados, injustamente, los precios de objetos que les son indispensables a su vida. En nuestro país el mal se agrava todavía por la falta de un sistema regulador del crédito Bancario. Los Bancos son, según ya dijimos, los verdaderos agentes del crédito; son ellos los que recogen los capitales, improductivos en manos de sus propietarios, para entregarlos a la circulación productiva. En el ejercicio de esta función, de gran trascendencia para la economía Nacional, no siempre cuidan de entregar esos capitales a la sana actividad productora; y en épocas en que la vida económica se presenta floreciente, el crédito afluye más hacia la especulación arriesgada (talvez por la viveza propia de los especuladores) que hacia la producción ordenada y segura. Estamos ya en los dinteles del abuso del crédito; un paso más y la crisis se hace visible con todo el cortejo de sus deplorables consecuencias. Esta situación ha sido provocada, principalmente, por falta de adecuada regulación del crédito; si de éste se hubiera usado para el desenvolvimiento normal de la producción, regulándolo de manera que fuese a prestar sus servicios en los momentos de necesidad y restringiéndolo automáticamente cuando el comercio y las industrias no lo necesitaran, el abuso habría sido desterrado y con él, los males que son su consecuencia.

Agréguese ahora, a esta deficiencia de organización técnica, las deficiencias de la legislación que gobierna las relaciones de deudores y acreedores, la falta de seguridad en las medidas de conservación, (como los embargos preventivos que pueden ser levantados con la simple fianza de un insolvente, o que se volverá insolvente, enajenando sus bienes, apenas consiga dejar libres los bienes embargados); la ineficacia de la legislación sobre nulidad o revocación de los actos realizados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus acreedores, que, fuera de los casos de quiebra comercial,

se reduce a la vieja y arcaica acción Pauliana, de pobre eficacia por las graves dificultades que ofrece la prueba; y, colmando la medida, una jurisprudencia complaciente con los deudores deshonestos, y tendremos, como cuadro de dolorosa realidad, que cuando los Banqueros pretendan realizar sus créditos la mitad de sus deudores se habrá vuelto insolvente, y ellos se encontrarán sin recurso legal alguno para castigar a los deshonestos especuladores. Y nada digamos del Concordato preventivo que en nuestra ley permite *arreglos* que importan una verdadera remisión de deudas, no obstante estar prohibida esa remisión por el Art. 21 de la Ley de Quiebras! El desamparo en que el crédito se debate, es pues un hecho notorio. No habrá hombre de ley — escribe el profesor Vivante — que ignore cuán mísera es la suerte del acreedor quirografario en el procedimiento ejecutivo. Si se trata de muebles su garantía se reduce a aquello que el deudor no quiso poner al seguro antes del embargo: los objetos preciosos y los títulos de crédito, por lo general han desaparecido; la esposa y los hijos, también si el deudor es honesto, han prevenido la obra del ujier, apropiándose la parte mejor del mobiliario doméstico, cambiando el uso cotidiano de los mismos por un título de propiedad; los libros, los instrumentos, las máquinas necesarias para la profesión del deudor son substraídos al embargo; en fin, el privilegio extensísimo del locador y las reivindicaciones de los parientes complacientes disminuyen aún más la exigua garantía, que concluye por ser absorbida por el costoso juicio de expropiación. (82)

Tal es, también en nuestro país, la situación de los acreedores, y esta situación plantea como problema de urgente solución, el de una eficaz tutela del crédito. Y si el crédito, — como observa justamente Sacerdotti, (83) — es esencial a la industria y al comercio, mientras el desenvolvimiento del comercio y de las industrias represente uno de los intereses vitales de la economía pública, también la tutela del crédito será socialmente necesaria. Nuestro país necesita, entonces, una legislación completa que reglamente con eficacia los derechos de los acreedores, — sin dejar por cierto de prestar su protección también a los deudores — que asegure el normal funcionamiento de la economía creditoria, y que permita a to-

(82) Vivante: *Il Fallimento Civile*, ob. cit., pág. 332.

(83) "Prolusione" cit., en *Rivista del Diritto Comm.*, pág. 33, año 1921.



das las actividades económicas desarrollarse bajo el amparo de una legislación común sin distingos de clases o de profesiones. Y esa legislación deberá dictarse y sobre todo, aplicarse por los jueces e interpretarse por los hombres de ley, siguiendo la sabia enseñanza de Ripert, de que es necesario no olvidar jamás que el acreedor y el deudor, ligados el uno al otro por la relación de derecho, son hombres que forman parte de la misma comunidad, a quienes una moral sublime denomina hermanos, y que no pueden tener el uno derecho y el otro obligaciones sino en la medida en que la ley moral permite sacar de otro, provechos y servicios. <sup>(84)</sup>

10. — Hemos estudiado, en el Capítulo anterior (N°. 2) cuál es la naturaleza de los actos jurídicos que rige el Derecho Comercial y de los que caen bajo el dominio de la Legislación Civil sobre Obligaciones, y creemos haber demostrado cómo lejos de existir diferencias de naturaleza entre unos y otros, existe una identidad fundamental; como, en su esencia, esas dos categorías legislativas de actos civiles y comerciales, no son otra cosa que productos de relaciones económicas. Y si no, véase cuál es el derecho que cualquier obligación civil o comercial acuerda al sujeto activo: reclamar la contraprestación del deudor, o en su defecto la indemnización de los daños y perjuicios; y esta indemnización se resuelve, en definitiva, en el pago de una suma de dinero.

Del estudio sobre el concepto económico y jurídico de la Quiebra, (N°. 8) también hemos sacado como conclusión, para nosotros definitiva e irrefutable, de que esos conceptos comprenden por igual a todos los fenómenos de perturbación del crédito, sean o no comerciantes los que los provoquen. Siendo esto así, siendo substancialmente los mismos y de iguales efectos los actos de incumplimiento de una obligación, provocados por insuficiencia de bienes oportunamente realizables, ¿cómo aceptar, para regirlos, una doble legislación, llena de sanciones graves la una y totalmente desprovista de sanciones la otra? Si científicamente es uno el fenómeno que se somete a normas legales, única debe ser la legislación que lo comprenda. Mantener una doble legislación para concursos civiles y comerciales, es negar la realización de la justicia por la ley ya que se mantiene una evidente desigualdad de tratamiento para casos idénticos, pues-

(84) Georges Ripert: *La Règle Morale dans les Obligations Civiles*, 2ª. edición, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1927. Pág. 5.

to que, siendo iguales las causas y efectos de la falencia, y desiguales las sanciones según que se trate de la quiebra de un comerciante o de un no comerciante, evidentemente la ley es injusta en alguno de los dos casos: o lo es la ley de quiebras que impone sanciones severas al comerciante culpable de dolo o fraude, o lo es la ley sobre concursos civiles que no contiene ninguna sanción para los mismos casos; y en cualquiera de los dos supuestos, siempre nos encontraremos en presencia de una injusticia sancionada por la ley, vale decir, en presencia de una ley que es contraria a la ciencia y a la moral, y que por ello no puede subsistir, ya que la moral y la ciencia deben constituir siempre, la base de toda legislación.

Sin embargo, siempre se ha tratado de fundar la dualidad legislativa en pretendidas diferencias esenciales entre el hecho jurídico - comercial y el hecho jurídico - civil, diferencias que han sido expuestas entre nosotros, mejor que por ningún otro autor, por Siburu, para quien el primero es un hecho de naturaleza mixta, individual y social y el segundo en cambio, esto es, el hecho jurídico - civil, es de naturaleza puramente individual. <sup>(85)</sup> Esto podrá ser cierto — y no tampoco en todos sus alcances — respecto de las relaciones de familia, pero no lo es, en lo más mínimo, respecto del derecho obligatorio. “Cuando se compra para consumir, — dice Siburu — (relación civil), el acto no se prolonga con sus proyecciones más allá de sí mismo, a la inversa de lo que pasa cuando se compra para revender (relación mercantil), acto en el cual se generan otros que sucesivamente se encadenan e influyen en conjunto sobre la vida social”. <sup>(86)</sup> El ejemplo no puede ser más inadecuado. El que compra para consumir, no realiza un acto civil, muy por el contrario, el acto considerado en su doble aspecto de compra y venta, es comercial (a menos que comprara a un no comerciante, caso poco frecuente) en virtud de ser comerciante el vendedor y estar por ello comprendido en la categoría de los actos considerados subjetivamente comerciales por nuestro Código de Comercio (Art. 5°.); pero, aún prescindiendo de esta circunstancia, no es tampoco exacto que los actos de compras para consumir carezcan de trascendencia social. Claro está que si miramos un acto aislado de com-

(85) Juan B. Siburu: Comentario del Código de Comercio Argentino, 2ª edición. Valerio Abeledo, 1923. Vol. I, pág. 116.

(86) Siburu: ob. cit., Vol. I, pág. 115.

pra, sus efectos no pueden nunca ir más allá de la persona que lo realiza; pero, en tal caso, lo mismo se circunscribe al individuo el acto aislado de una compra para revender. Considérese, en cambio, toda una serie de actos de adquisición de mercaderías para el consumo, y se verá cómo esos actos trascienden del individuo, y encadenándose en la masa enorme del tráfico comercial, van a producir efectos de carácter social. Esto es de toda evidencia, pues, ¿qué otra función que la de intermediario entre productores y consumidores, es la que cumplen los comerciantes? No es al consumo a donde van a parar, en definitiva, todas las mercaderías que los comerciantes reúnen en sus grandes almacenes? ¿Cómo aceptar que sea comercial la compra para revender y que, precisamente, cuando se realiza la segunda parte de la operación, esto es la reventa, el acto se vuelve civil? Son pues las compras para el consumo, las únicas que justifican el comercio de mercaderías (el más importante sin duda) las únicas que contribuyen a su prosperidad o decadencia, ya que esos bienes no tienen otro objeto que el consumo. Si no se comprase para consumir, tampoco se compraría para revender, no habría pues comercio.

Alguna vez, también nosotros, aceptando las conclusiones de los que así razonan, hemos sostenido la improcedencia de una legislación uniforme para concursos civiles y comerciales; <sup>(87)</sup> pero, un examen más detenido y profundizado del problema nos ha conducido a sostener la tesis de la unidad, no ya sólo con respecto a la cuestión, en cierto modo limitada, de los concursos de acreedores, sino en su aspecto más fundamental, de la unidad del derecho privado en materia de obligaciones. Es que, si la ciencia importa una continua rectificación de hipótesis, y renovación de conceptos, nada extraño debe parecer que esas rectificaciones o el nuevo concepto se formulen por el mismo que antes adherió a la hipótesis rectificadora o al concepto reformado.

Tampoco podríamos hoy, aceptar el concepto que hace de la Ley Civil el *palladium* de la propiedad, y del Derecho Comercial el *palladium* del crédito <sup>(88)</sup> para fundar una distinción en la na-

(87) En nuestro trabajo sobre La Reforma de la Ley de Quiebras, publicado en la Revista del Colegio de Contadores Públicos de Córdoba, año 1924, N° 1. Páginas 40 y siguientes.

(88) M. G. Masse: Le Droit Comm. dans ses Rapports avec le Droit de Gens et le Droit Civil. — 2ª edición Durand. París, 1861. — Vol. I, págs. 45/46.

turalidad de los actos civiles y los comerciales, y con ello la dualidad legislativa sobre concursos, pues si es cierto lo segundo, no es exacto que la propiedad no sea materia del Derecho Comercial, ya que la propiedad mueble que forma talvez la parte más importante de la riqueza es materia esencialmente comercial. (89)

Se ha sostenido también, para demostrar la improcedencia de la unidad legislativa sobre concursos, que el crédito tiene una función y una razón de ser diversa en la vida privada civil y en la comercial. (90) En primer lugar no se advierte en qué puede consistir esa diversa razón de ser del crédito según que de él se haga uso por un comerciante o por quien no lo es; para nosotros esa razón es siempre la misma: el crédito es una necesidad en las sociedades modernas y tiene su razón de ser en el hecho de que siempre hay personas que están dispuestas a entregar un bien actual que ellos poseen, a base de una contraprestación futura; la razón de ser de toda operación de crédito es siempre la expectativa de un bien futuro en el que recibe el crédito, y la *confianza*, que es la *consideración* de esta expectativa, de parte del que acuerda el crédito. (91) Y en cuanto a la función que el crédito cumple, por diversa que pueda ser, nunca justifica una desigualdad de tratamiento entre deudores civiles y comerciales, menos aún si se considera que la legislación sobre concursos tiende a garantizar los derechos de los acreedores, y es evidente que, una vez que éstos se han desprendido de sus bienes para entregarlos a terceros, no les interesa qué función ha cumplido el crédito y sí, tan sólo, saber si en caso de que el deudor defraudara la confianza que le han depositado, cuentan con una legislación protectora de sus intereses. En todo caso, la función que cumplirá el crédito será para el acreedor un motivo de consideración previa al otorgamiento, pero de ninguna manera una

- (89) Tan importante es la cuestión relativa a la propiedad comercial, que aparte de la gran cantidad de publicaciones en Revistas y Monografías, (ver por ejemplo, Alberto Margheri: *Nozioni e Limiti della "Proprietà Commerciale"*, edición 1926, Fratelli Bocca, Torino. — Camille Cantru et Ch. Maurice Bellet: *La Proprieté Commerciale*. Edi. Payot, París, 1926). En Francia se ha dictado el 30 de Junio de 1926 una ley especial denominada: "Renouvellement des baux a Loyer D'immubles ou des locaux a usage industriel ou commercial", que es una verdadera ley de protección a la propiedad comercial.
- (90) La Riforma del Codice di Commercio delineata dal Ministro Oviglio en la "Rivista del Diritto Comm. e del Diritto Generale delle Obbligazioni", año 1923. 1ª. P. pág. 263.
- (91) Rocco: *Il Fallimento*, págs. 4/5.

razón para someter a normas distintas el incumplimiento del prestatario, ya que cualquiera sea la profesión de éste, se trata siempre de un mismo fenómeno económico: entrega de un bien presente, a cambio de una contraprestación futura.

Una observación de la realidad, demostrará, mejor todavía, cómo es contrario a la naturaleza de las cosas el dualismo legislativo sobre concursos. Cuando los Banqueros acuerdan créditos, sean o no comerciantes los prestatarios, tienen en cuenta la actividad que éstos desarrollan, sus condiciones morales y el estado de su patrimonio; supóngase que, entre los deudores del Banco se encuentra un hacendado que explota en gran escala sus propiedades, que ha comprado a crédito a muchas casas de comercio, que ha tomado dinero en préstamo de particulares, en una palabra, que opera en importantes transacciones; llegado el momento en que tiene que satisfacer al Banco la contraprestación a que se obligó, no puede hacerlo por insuficiencia de bienes realizables en tal oportunidad; se trata pues, de un deudor en pleno estado económico de falencia. <sup>(92)</sup> En presencia de esta situación, ¿puede tener para el Banco alguna importancia el hecho de que ese deudor no sea comerciante? Esta quiebra, ¿no produce para el Banco exactamente los mismos efectos económicos que los que puede producirle la quiebra de un deudor gran comerciante? Variemos un poco el ejemplo y pongámonos en el caso de que no sea un fuerte hacendado el deudor, sino un modesto ciudadano que realiza en pequeña escala algunas operaciones de negocios de las que no confieren el carácter de comerciantes. Producido el incumplimiento por insuficiencia de bienes realizables, ¿no se presenta para el Banco igual situación que la que se le plantea cuando es un pequeño comerciante el quebrado? Evidentemente, en cualquiera de estos supuestos, el problema de la falencia es siempre el mismo para el acreedor y la necesidad de idéntica protección legal no puede discutirse.

Lo que interesa a los acreedores, por lo mismo que no limitan el otorgamiento de sus créditos a los comerciantes, es contar con una legislación que, con medidas rápidas y oportunas, ponga al seguro los bienes de su deudor, para que sirvan así, de garantía común de sus acreencias. Es el funcionamiento normal del crédito lo

---

(92) *Supra*, N° 8.

único que interesa también al Derecho, para conseguir lo cual sanciona con diversas medidas la anormalidad, sin que pueda hacer ninguna distinción según que el causante del desastre económico sea un comerciante o un no comerciante.

Pero, volviendo al argumento de la pretendida diferencia de naturaleza entre los actos civiles y comerciales, pensamos que, aún aceptando que esta diferencia exista, tampoco se justificaría una diversidad de tratamiento para deudores civiles y comerciantes. En efecto, la legislación sobre concursos no está destinada a regir ningún acto comercial o civil, sino que, por el contrario, tiene por objeto impedir la realización de nuevos actos e imponer sanciones diversas e otros ya realizados. Los actos que han conducido al deudor al estado económico de falencia, han sido ya cumplidos por éste, y regidos por su ley pertinente, sea la ley civil o la ley comercial, conforme al estado presente de nuestro derecho positivo. La legislación sobre concursos no va a regir, entonces, ningún acto jurídico nuevo del deudor, sino, simplemente, a impedirle realizar cualquier acto que perjudique a sus acreedores; no se persigue otra cosa que la tutela del crédito, la defensa de los acreedores, asegurándoles que los bienes del deudor, base sobre la cual reposarán sus *expectativas* de realización futura de los bienes que le entregaron, sirvan, efectivamente, a satisfacer esa expectativa, a cumplir su función de prenda común. Esta característica de las leyes sobre concursos se halla demostrada, especialmente, por la circunstancia de que la unidad legislativa existe en muchos países de doble legislación civil y comercial, <sup>(93)</sup> de tal modo que, aún sin la unidad fundamental del derecho privado en materia de obligaciones, el estado económico de quiebra puede ser sometido a una misma legislación, sea o no comerciante el deudor.

Tampoco puede aceptarse en apoyo del dualismo legislativo, la razón, en cierto modo superficial de que la falta de cumplimiento a las obligaciones por parte de un comerciante sea un hecho más grave que cuando se trata de quien no lo es, <sup>(94)</sup> y que las opera-

(93) Alemania y Austria, por ejemplo.

(94) Ch. Lyon Caen et L. Renault: ob. cit., Vol. VII, pág. 2, dice a este respecto: "Les obligations d'un commerçant son, en général, en plus grand nombre et ont plus d'importance que celles d'un individu non commerçant; par suite, leur in-execution a une gravité particulier." Y agrega luego: "En outre, le commerce reposant sur le crédit personnel, la législation française, comme celles qu'n'adme-

ciones comerciales son más importantes y más numerosas. Ya vimos hace un momento, cómo, para el Banquero por ejemplo, es igualmente grave la quiebra de un hacendado como la de un comerciante en grande; la falencia de un modesto deudor civil como la de un pequeño comerciante. La circunstancia de ser más numerosas y de mayor importancia en el volúmen general de los negocios las operaciones de créditos comerciales que las no comerciales, no debe nunca influir en perjuicio de los acreedores acordándoles para estas un precario amparo legal. Cuando el derecho otorga su protección, lo hace en vista de realizar la coordinación ética de la vida en común, (95) de mantener la armonía en la convivencia social, pero nunca en atención al valor económico de las personas o de los bienes a los cuales la protección debe alcanzar. Todos esos valores son igualmente ponderables, cualquiera sea su monto; no es la cantidad lo que debe proteger el derecho, sin la esencia íntima de las relaciones jurídicas. Y en nuestro caso particular, no es tal o cual operación de crédito lo que la ley debe proteger y garantizar, sino el fenómeno económico que se denomina cambio a crédito.

Por otra parte, si las leyes comerciales (con excepción de la legislación alemana, que, según dijimos, — N° 7 — por su carácter subjetivo solo se aplica a los comerciantes) someten a su jurisdicción a los que no son comerciantes cuando realizan alguna operación comercial, ya sea por su carácter objetivo o ya porque la realicen con un comerciante, nada más lógico que someterlos también a la misma ley cuando se trata precisamente, del incumplimiento de esas operaciones. (96). De lo contrario, la ley es — como dice Ramella — inconsecuente en sus aplicaciones. Puesto que la Quie-

---

tent la faillite que pour les commercants considère qu'il y a un manquement plus grave a la parole donné de la part du commercant qui ne paie pas ses dettes que de la part d'un non-commercant et qu'il y a lieu d'examiner de plus prés les circonstances qui ont amené ce manquement de rechercher s'il est la suite de malheur, d'imprudences ou de fraudes". Estas consideraciones a las cuales responde la legislación francesa no las acepta el ilustre juriconsulto, pues considera que igualmente digno de protección legal es el acreedor del comerciante y el del no comerciante. "En realidad, — dice — ces raisons ne son pas décisives pour justifier la limitation de la faillite aux commercants. Elles preuvent seulement que la faillite est une institution qui a sour tont de l'utilité pour les commercants. Elle en peut avoir aussi pour les non commercants."

(95) Jorge del Vecchio: "El concepto del Derecho", traducción de Mariano Castaño Ed. Reus, 1914, pág. 131.

(96) Navarrini: ob. cit., Vol. VI, pág. 17.

bra no restringe sus efectos a la persona del comerciante, sino que involucra relaciones jurídicas de débito o crédito con toda clase de personas, sometiendo a todas al mismo régimen, a las mismas disposiciones extintivas o modificativas, no se vé por qué tan sólo en el origen se aplique el Instituto de la Quiebra a una relación exclusivamente comercial y se tenga sólo en mira, en su iniciación, la persona del comerciante. (97)

Hemos venido sosteniendo hasta aquí, que la legislación sobre concursos tiene como objeto inmediato, el de servir de eficaz tutela del crédito; que siendo la quiebra un fenómeno económico *único*, efecto del anormal funcionamiento del crédito, única debe ser también la ley que rija ese fenómeno. Ahora bien, con el sistema de doble legislación, hemos dicho igualmente, si se protege con más o menos eficacia a los acreedores del comerciante por las sanciones que las leyes de quiebras establecen, quedan, en cambio, desamparados los acreedores del que no lo es, y de ahí nuestra tesis de que los deudores no comerciantes deben ser sometidos al mismo régimen de falencia que los comerciantes.

Pero, ¿en qué consiste esa superioridad protectora de la ley de quiebras? En esto: en que la ley de quiebras permite la afectividad del principio de que los bienes del deudor son la prenda común de sus acreedores, en que todos éstos deben ser colocados en un pie de igualdad perfecta, salvo las causas de legítimas preferencias, y en que el dolo y el fraude reciben una sanción más eficaz. Veamos cómo esta afirmación es exacta. Declarada la quiebra, para lo cual basta un simple protesto, el deudor queda desde ese instante, separado e inhibido de la administración de todos sus bienes (Art. 71 de nuestra Ley de Quiebras) y se forma la masa patrimonial fallida a cuyo frente se coloca un representante de los acreedores (Contador primero, Síndico después). Este efecto de la quiebra, es cierto, se asemeja al que produce el auto de apertura del Concurso Civil, pero difiere fundamentalmente en este otro: a la fecha de la declaración de quiebra precede un período — que la doctrina ha denominado período de sospecha — durante el cual toda una serie de actos realizados por el deudor y que importan substraer de la masa fallida bienes y valores que deben pertenecerle, adolece de

(97) Ramella: ob. cit., Vol. I, pág. 65. En igual sentido Vidari: Corso, Vol. VIII, págs. 109/110.



nulidad insanable; sanción ésta, que importa reintegrar al activo de la falencia todo aquello que, formando parte de la garantía común de los acreedores, se pretendió substraer. (98) Tal es lo que dispone el Art. 77 de nuestra Ley de Quiebras, en el cual van enumerados los actos sometidos a la sanción de nulidad absoluta; disposición que crea una presunción *juris et de Jure* ya que basta la realización del acto en la oportunidad fijada, para que su invalidez sea reconocida, sin admitirse prueba en contrario. Nada importa que el tercero partícipe del acto haya conocido o no el estado económico de falencia en que se encontraba el comerciante; para nada interviene la buena o mala fé de las partes, la intención dolosa o la conciencia inocente de los actores. La ley no se detiene aquí en consideraciones subjetivas, sino que, con criterio puramente objetivo, observa el hecho que produce un daño a los acreedores, y lo fulmina con la nulidad (99); su objeto no es otro que el de asegurar la integridad del patrimonio para que éste cumpla su función de prenda o garantía común de los acreedores. Otros actos, de menor gravedad, sin duda, que los enumerados en el Art. 77, también adolecen de nulidad, (Art. 78) aunque no de pleno derecho, sino con carácter relativo, esto es, dependiente de pronunciamiento judicial, a cuyo efecto se prescinde igualmente de subjetivismos, de la intención de dañar o de la conciencia del daño, bastando tan sólo que el tercero haya tenido *noticia* de la cesación de pagos del fallido, o de su presentación a los Tribunales. La prueba de esa *noticia* es tan simple que hasta por presunciones puede establecerse, de tal modo que, cabe afirmar, difícilmente escapan a la sanción legal todos los actos enumerados en el precepto del Art. 78. La integridad del patrimonio del deudor común resulta así, eficazmente protegida por esas sanciones.

¿Ocurre algo semejante en los concursos civiles? Evidentemente no. Aquí la suerte del patrimonio queda por completo librada a la buena voluntad y a la conciencia del deudor. Cualquiera sea la forma de esos concursos, ya se trate del sistema francés e italiano que no consagran el concurso único para los no comer-

(98) Giorgio Giorgi: Teoria delle Obligazioni nel Diritto Moderno Italiano, 7ª Edición "Fratelli Cammelli", 1924, Vol. II, págs. 501/2.

(99) Ramella: ob. cit., Vol. I, pág. 501. — Ch. Lyon Caen et L. Renault: ob. cit., Vol. VII, pág. 335.

cientes, sino una pluralidad de concursos, a base de inclusión de los acreedores participantes y de especialización en los bienes ejecutados, ya del sistema seguido por nuestras leyes procesales, todas las enajenaciones o pagos que el deudor realice en perjuicio de sus acreedores hasta el día antes de la apertura del concurso, no encuentran otra sanción que la vieja y ya casi desprestigiada Acción Pauliana de eficacia precaria por las dificultades que presenta su aplicación. En efecto, la revocación de los actos realizados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus acreedores, sólo puede decretarse cuando se probara, entre otros extremos no siempre fáciles de acreditar, (Art. 982 del C. Civil), el fraude del deudor y la intención del tercero de defraudar también, mediante su complicidad con aquél, a los acreedores del fallido. La sola enunciación de estos requisitos, que son esenciales para que la acción Pauliana pueda prosperar, revela la enorme dificultad de la prueba, dificultad que se traduce en un motivo de abstención para los acreedores, ya que éstos difícilmente se aventurarán a ejercerla cuando tienen por delante la perspectiva de una sentencia desfavorable, por falta de prueba, con todo su cortejo de gastos y pérdida de tiempo y dinero. Y aún suponiendo que una jurisprudencia adelantada facilitase el éxito de la acción interpretando con amplitud de criterio las presunciones que hagan a su procedencia, siempre nos encontraríamos conque, hasta el día antes de la apertura del concurso, el deudor ha podido enajenar bienes de su patrimonio sin ninguna complicidad de terceros, y puestos al seguro los fondos provenientes de esas enajenaciones. <sup>(100)</sup> Contra estos actos nada podrán hacer los acreedores, ya que no basta el solo elemento objetivo del daño para demandar la revocación de los actos perjudiciales del deudor, sino que es indispensable, también, la concurrencia del elemento subjetivo (fraude) de ambas partes: deudor y tercero.

Aparte de los actos de enajenación, puede igualmente el deudor gravar con derechos reales (hipoteca, prenda, etc.) lo más importante de sus bienes cuando él advierte la posibilidad de un concurso y dejar así notablemente disminuido su patrimonio, sin que tampoco quede a los acreedores recurso eficaz alguno para atacarlos.

---

(100) Vivante: *Il Fallimento Civile*, cit., pág. 332. — Ch. Lyon Caen et L. Renault, *ob. cit.*, Vol. VII, pág. 36.

Es pues evidente que la acción revocatoria o Pauliana, no representa ninguna garantía eficaz para mantener la integridad del patrimonio del concursado, <sup>(101)</sup> y que sólo mediante las sanciones de nulidad consagradas por las leyes de quiebras, puede obtenerse ese resultado. El principio de que los bienes del deudor constituyen la prenda común de sus acreedores encuentra, entonces en la ley de quiebras, el recurso adecuado a su plena efectividad.

La igualdad de tratamiento de los acreedores, la *par conditio creditorum*, que ha sido la vocación incesante del derecho, el concepto de que las pérdidas sufridas por el deudor deben ser soportadas equitativamente por todos los acreedores <sup>(102)</sup> es otro de los grandes fines perseguidos por las leyes de Quiebras. Cuando un patrimonio es suficiente a cubrir las deudas que lo gravan, las ejecuciones individuales no pueden atacarse ya que a nadie perjudican; la anticipación de un acreedor en hacer efectivo su crédito sobre los bienes del deudor no modifica la situación económica de su patrimonio, ya que juntamente con el bien que se destina a cubrir el crédito del ejecutante desaparece también la deuda, es decir, disminuye paralelamente, el activo y el pasivo; no hay daño a los demás acreedores, puesto que siempre quedarían en poder del deudor, bienes suficientes para satisfacer a todos ellos. Pero cuando ese patrimonio no presenta ya las características de suficiencia a que nos hemos referido, entonces la necesidad de impedir las ejecuciones individuales se presenta como algo imperioso, como exigencia de un fenómeno económico — el del anormal funcionamiento del crédito — al cual el Derecho no puede ser indiferente. De aquí nace la organización del procedimiento de ejecución colectiva, que consagra la ley de quiebras, destinado a repartir por igual entre los acreedores el producto de los bienes del deudor.

Hay en este aspecto del procedimiento, una semejanza con el concurso civil, en cuanto en los dos casos se forma la masa de acreedores y se distribuye a prorrata el dinero resultante de la liquidación de los bienes. Pero, al lado de esta semejanza, existen diferencias fundamentales que revelan la superioridad de la ley de quiebras, también en lo que a la *par conditio creditorum* se refiere.

(101) Luigi Olivi: Fallimento, en el Digesto Italiano. Vol. XI, 1ª parte, pág. 73. Edic. Unione Tipografica Editrice, 1895.

(102) Ramella: ob. cit., Vol. I, pág. 2.

No basta, por cierto, para garantizar este principio, que la ley coloque en un marco de igualdad a los acreedores *que existan* a la época de la apertura del concurso, si a la vez no se asegura que a esta época, *existirán* todos los que lo fueron cuando el patrimonio del deudor cayó en estado económico de falencia. Para llegar a este resultado, la ley debe impedir que el deudor pague a ciertos acreedores en perjuicio de los demás, a cuyo efecto sancionará la invalidez de esos pagos. Y en esto consiste, precisamente, la diferencia y con ella la superioridad de la ley de quiebras sobre las leyes de concursos civiles.

Con el mismo criterio conque declara nulas todas las enajenaciones efectuadas por el deudor en el denominado período de sospecha, declara también nulos los pagos que realice o las garantías reales que acuerde en ese mismo período por deudas que al tiempo de contraerse no tuvieran ninguna garantía; y para la procedencia de esta nulidad no se requiere sino la prueba de hechos simples, fácil de producir, según dijimos anteriormente. De esta manera, la igualdad entre los acreedores se mantiene eficazmente, en beneficio común. Fuera de los casos de quiebra, el deudor puede, casi impunemente, pagar a ciertos acreedores u otorgarles garantías reales, sin que a los demás les quede recurso alguno para hacerlos anular, como no sea la ya recordada acción Pauliana, de tan pobre eficacia aquí, como en los casos de enajenación de bienes. <sup>(103)</sup> La igualdad entre los acreedores es fácilmente burlada y la justicia se resiente de los efectos de un sistema que conduce, precisamente, a la negación de la justicia. <sup>(104)</sup>

En conclusión, pues, del punto de vista del interés patrimonial de los acreedores, las leyes de quiebras representan una sólida

---

(103) Ch. Lyon Caen et L. Renault. ob. cit., Vol. VII, pág. 34.

(104) Dice, a este respecto, Luigi Olivi, en ob. cit. pág. 73, después de expresar su opinión favorable a la unidad legislativa sobre concursos: "Infatti, se vuoi rispettato il principio che tutti i cittadini sono uguali di fronte alla legge non devesi permettere ad una classe di persone ciò che alle altre é vietato. Pel commerciante si dichiarano nulli atti e pagamenti fatti nei dieci giorni anteriori al fallimento. Chi provi non essere per professione abituale commerciante, può sempre, invece, e senza termini legali, usare trattamenti diversi ai vari suoi creditori, avvantaggiare gli uni e fare con questi transazioni ed accomodamenti vâldi a danno ed a spregio degli altri ingiustamente posposti o inicuamente sacrificati. Ora, e moralmente lecito sancire la impunitá per codeste frodi rispetto ad una intera classe di persone? E facendolo, si rispetta forse la massa che tutti sono uguali di fronte alla legge?"

garantía para la efectividad de los principios de que los bienes del deudor constituyen la prenda común de sus acreedores y de que éstos deben ser colocados en un pie de perfecta igualdad, salvo las causas legítimas de preferencias. Dijimos también que el dolo y el fraude en los casos de quiebra, reciben una sanción eficaz; en los casos de concursos civiles la impunidad del fraude es casi siempre su característica, y aún cuando el Código Penal castiga a cierta categoría de defraudadores, sus disposiciones son difícilmente aplicables a los concursados, dada la calidad de los hechos punidos y los inconvenientes de una prueba completa del fraude.

La ley de quiebras <sup>(105)</sup> ha fijado una larga serie de hechos presuntivos de fraude y otros de culpa, introduciendo una modificación fundamental al principio de que sólo existe responsabilidad penal cuando hay un *hecho humano voluntario*, y creando así, en cierto modo, un nuevo principio, el de la responsabilidad penal por daño objetivo. Apenas dictado el auto de quiebra, se produce para el deudor una verdadera *capitis diminutio* de su personalidad civil y política, sin necesidad de una resolución especial del Juez y por consiguiente, sin entrar al examen de las causas que han producido el estado de falencia, y menos aún el grado de *voluntariedad* que pueda existir en la producción de esas causas, por parte del deudor <sup>(106)</sup>. Su inhabilitación durante un tiempo más o menos largo, aún en el caso de quiebra casual, y su exclusión en el ejercicio de los derechos políticos en caso de quiebra fraudulenta <sup>(107)</sup> así lo demuestran. Son disposiciones que — como dice Rappaport — establecen un nuevo *crimen extraordinarium sui generis* <sup>(108)</sup> especialmente comercial, y destinado a proteger a los acreedores víctimas de un desastre económico. Pero, donde las disposiciones de la ley de Quiebras revelan aún más su carácter grave de sanción por hechos exclusivos del estado de quiebra es en los Arts. 138 y 139 que se refieren a los casos de fraude; aquí el fraude no existe sino como un derivado de la quiebra, ésta es su presupuesto indispensable.

---

(105) Nos referimos a la nuestra, Arts. 137 y 138.

(106) Rocco: Il Fallimento, pág. 116. — Especialmente los Arts. 138, inc. 8, y 141 de nuestra ley.

(107) Ley de Elecciones Nacionales.

(108) Emil Stanislaw Rappaport: La Banqueroute dans la Legislation Moderne Comparé. — Traduit par Henri Koral. Edic. Recueil Sirey, 1927, pág. 25.

ble, y los hechos fraudulentos no son sino la *condictio juris* para punir la falencia. <sup>(109)</sup>

Se ha creado así un sistema de punición especial que obrando a manera de defensa preventiva por la intimidación que provoca en el ánimo de los comerciantes, detiene muchas veces la acción de estos en los límites de la corrección, sirve de freno a especulaciones arriesgadas, y va plasmando la *conciencia del comerciante* en los conceptos de honradez, puntualidad y discreción en el manejo de sus negocios. La eficacia del sistema como medio de tutela del crédito, es de toda evidencia y a cada instante la comprueban los abogados que ejercen su profesión, pues no hay comerciante que no exprese siempre, en los trances difíciles, su temor por las sanciones penales que la quiebra trae aparejada. Esta tercer característica que hemos señalado a las Leyes de Quiebras completa el sistema de protección del crédito, y contribuye a depurar el ambiente comercial, eliminando a los malos elementos. Tenemos, pues, como substratum de la legislación sobre falencias estos tres elementos que se integran recíprocamente: a) mantenimiento de la integridad patrimonial del deudor en miras de hacer efectivo el principio de que sus bienes constituyen la prenda común de sus acreedores. b) : principio de igualdad entre todos los acreedores, —salvo las causas de legítimas preferencias — la *par conditio creditorum*, necesaria para distribuir por igual las pérdidas entre los que fueron iguales en dispensar su confianza al deudor común <sup>(110)</sup> y c) : sanción penal derivada exclusivamente del estado de quiebra.

Nada de esto se produce cuando el deudor que cae en el estado económico de falencia, no ejerce habitualmente el comercio, (salvo, por cierto, en los países donde la legislación es uniforme); ninguna garantía existe para los acreedores de que el patrimonio del deudor no sea desmembrado y substraído a su acción, ni de que todos ellos han de ser igualmente tratados; menos aún existe la seguridad de la represión del fraude. Y la garantía de esta represión, que forma como el coronamiento de los otros dos elementos y es su puntal más sólido, <sup>(111)</sup> faltando en los concursos civi-

(109) Ch. Lyon Caen et L. Renault: ob. cit., Vol. VII, pág. . — Rocco: Il Fallimento, pág. 121. — Bonelli: Ob. cit., Vol. III, pág.

(110) Vivante: Il Fallimento Civile, cit., pág. 324.

(111) Dice a este respecto Vivante, en "Il Fallimento Civile", págs. 335/36: "Il fal-

les, ha convertido a estos concursos en el medio más fácil y cómodo para que los deudores se desliguen de sus obligaciones, y cancelen toda responsabilidad por actos que son esencialmente fraudulentos pero que, por las deficiencias de la legislación, se mantienen fuera del alcance del Código Penal.

El especulador inexcrupuloso sabe que no existiendo prisión por deudas, sus aventuras económicas no encontrarán más sanción que la de privarlo temporariamente del manejo de sus negocios, y esto, después de haberle permitido poner al seguro quizás lo más importante de su patrimonio. Así se fomentan especulaciones peligrosas, empresas arriesgadas, que por el cúmulo de intereses que envuelven, comprometen no ya la privada economía, sino el interés social, la economía pública.

Los deudores no comerciantes saben que no siendo fácil a sus acreedores demandar la formación del concurso (especialmente por nuestras leyes que por lo común exigen la prueba de la inexistencia de bienes libres de gravámenes) ellos pueden continuar libremente al frente de su patrimonio, comprometiéndolo cada vez, aumentando el número de las víctimas con el abuso del crédito, y realizando impunemente actos que perjudican grandemente el desarrollo normal de la economía creditoria, y que están reñidos con las exigencias de la moral menos exigente. Cuando en cambio de todo esto y en presencia de un patrimonio impotente a afrontar las obligaciones que lo gravan, debiera procederse con la mayor urgencia a separar al deudor del manejo y administración de sus bienes y colocarlos bajo la custodia de una legislación capaz de castigar el abuso de aquél y de asegurar la integridad de éstos.

En presencia de aquellos resultados, puede negarse la necesidad de que el crédito esté mejor garantizado, de manera que su función se cumpla siempre sin perjuicios para la economía individual y colectiva, o por lo menos sin los perjuicios que derivan de su abuso? Una legislación uniforme sobre los concursos civiles y comerciales corregiría gran parte de los males y de los peligros que azotan al crédito comercial y bancario; serviría a refrenar el uso desmedido del

---

lito sconta col carcere le colpe e le frodi commesse, e questa minaccia ravvivando nel debitore il senso della sua responsabilità civile e domestica, diffonde il sentimento della puntualità, sveglia lo spirito intorpidito a cercare col lavoro prudente e industrioso un rimedio alla crisi prima che divenga irreparabile'.

crédito de consumo, ya que no se arriesgarían al abuso cuando supieran que su incumplimiento puede conducirlos a la quiebra y hacerlos pasibles de todas las sanciones e incapacidades que ésta comporta. La extensión de la quiebra a los no comerciantes, corregiría, en fin, la contradicción científica que importa tener sometidos a normas distintas un mismo fenómeno económico, cual es, el de la falencia, y los inconvenientes prácticos que resultan de esa dualidad, ya señalados en las líneas precedentes.

11. — El derecho argentino se resiente no ya del dualismo legislativo, que separando en dos campos opuestos a los deudores, según sean o no comerciantes, somete a unos a sanciones rigurosas, y extrema con los otros su benevolencia, sino de una pluralidad de leyes que perjudican la recta administración de la justicia, y representan un atentado a la confianza y a la buena fé de los acreedores. Estos se encuentran poco menos que indefensos cuando han acordado créditos a personas no comerciantes, pues aparte de las ejecuciones individuales que puedan iniciar y en las que siempre sacará ventajas el acreedor más próximo — ya que pudiendo informarse con más rapidez del estado económico de su deudor se anticipará a trabar embargo sobre sus bienes — ningún otro recurso eficaz les queda para garantizar la efectividad de sus acreencias. Con catorce leyes dictadas sobre concursos civiles, todas de carácter puramente procesal, en las cuales ninguna disposición puede invalidar actos realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores, y en las que el fraude no resulta castigado sino cuando reviste caracteres excepcionales <sup>(112)</sup>; con una pluralidad legislativa que excluye casi totalmente la igualdad de tratamiento entre los acreedores y que conduce con frecuencia a graves conflictos jurisdiccionales, con pérdida grande de tiempo y de dinero, fácil es advertir la orfandad de garantías en que se encuentran los acreedores, y el perjuicio que de ello resulta a la economía general. Al lado

(112) El vigente Código Penal ha creado una categoría de delitos para los quebrados y otros deudores (Capítulo V. — Libro II) pero lo ha hecho con un criterio que por cierto no contempla el problema en todos sus aspectos, omitiendo una serie de hechos tan graves como los pocos que enumera; y aún cuando, al parecer, se ha pretendido excluir las disposiciones de la Ley de Quiebras sobre quebrados fraudulentos, pensamos que siempre queda a esta ley un valor y que no puede dejar de tenerse en cuenta cuando se trata de castigar a un fallido incurso en fraude. Especialmente debe tener su aplicación, lo dispuesto por el Art. 141.



de esa pluralidad de leyes sobre concursos civiles, dictadas por cada una de las provincias Argentinas, existe la ley de Quiebras, que forma parte integrante del Código de Comercio y que se aplica en todo el territorio del Estado; ley que, a pesar de sus deficiencias técnicas y formales, representa sin embargo, una garantía para los acreedores, bastando tan sólo un poco de preocupación de parte de éstos en el cuidado de sus intereses, y un recto criterio judicial en su aplicación. (113). Aparte de las diferencias fundamentales que hemos señalado en el número anterior entre la Ley de Quiebras y las leyes de concursos civiles, existen otras de no menor importancia, para cuya determinación tomaremos como base el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Capital de la República. Empecemos por el pedido de apertura del concurso. Según lo dispone el Art. 719 de dicho Código, un acreedor legítimo puede compeler al deudor a hacer la cesión de sus bienes, siempre que concurren y se acrediten estas dos circunstancias: 1°. — Que el crédito en virtud del cual se procede, sea quirográfico; 2°. — Que todos o la mayor parte de los bienes del deudor se hallen embargados a consecuencias de ejecuciones iniciadas en virtud de créditos quirografarios.

Fuera de la visible deficiencia de redacción (no es exacto que la ley compela al deudor a hacer cesión de sus bienes, sino que ella dispone lisa y llanamente el secuestro de los bienes y el desapoderamiento del deudor) (114) el precepto conduce a una negación del concurso en el ochenta por ciento de los casos. En efecto, debe acreditarse previamente que el deudor no tiene bienes libres de gravámenes o embargos, o que, si los tiene, sean de poca importancia; prueba negativa, siempre difícil de producir y que, en ciertos casos, puede resultar tan costosa que anule prácticamente,

(113) Vittorio Sacerdotti, en la "Prolusione" antes citada, decía a este respecto, (pág. 33): "Il compito che spetta alla giurisprudenza non è limitato alla applicazione meccanica dei precetti di legge. essa deve essere anche un fattore di progresso civile. Così di questa loro altissima funzione sociale, i giudici debbono trovare in se stessi la forza di piegare la legge alle esigenze impellenti del crédito. Una giurisprudenza attiva, vigilante, saggiamente vigorosa, animata da spirito pratico, in quotidiano contatto colla realtà della vita, ecco ciò di cui al giorno d'oggi, più che di riforme legislative, ha bisogno in Italia il crédito."

(114) En este sentido, es más claro el Código de Procedimientos de la Provincia de Córdoba, que dispone que un acreedor legítimo puede promover al juicio de concurso. (Art. 670).

la pequeña ventaja que sacaría el acreedor solicitando el concurso. Supóngase que el deudor tenga bienes en varias Provincias, o que al Juez se le ocurra exigirle al acreedor la demostración de que no tiene bienes en otras provincias; en tal caso será necesario librar exhortos a los Tribunales del interior solicitando informes, por lo menos del Registro de la Propiedad, informes que deberán abarcar todos los Departamentos y comprender tantos años como los que tenga de existencia el Registro. Aceptemos que cada uno de estos informes cueste cien pesos (en Córdoba solamente debe costar más de doscientos) y tendremos que, para empezar el procedimiento el acreedor debe desembolsar mil cuatrocientos pesos. ¿Quién arriesgará este gasto, ante la seguridad de que la liquidación de los bienes del deudor no ha de alcanzar a cubrirlos? Pero, no es esta la única dificultad. Cuando los bienes del deudor o la mayor parte de ellos se encuentran sometidos a ejecuciones en virtud de créditos privilegiados, el concurso no procede; circunstancia que puede llevar a estas situaciones de evidente perjuicio: si los bienes ejecutados en virtud de créditos privilegiados exceden en su valor al importe de estos, el sobrante no podrá ser sometido al procedimiento colectivo de concurso para ser distribuido a prorrata entre los acreedores, y, por el contrario, beneficiará de ese sobrante al acreedor que primero haya embargado. Qué razón puede aducirse para justificar esta desigualdad en el tratamiento de los acreedores? No valdría argumentar con la mayor diligencia del embargante, ya que la prioridad puede depender de otros factores, el principal de todos la distancia en que se encuentren algunos acreedores del lugar de la ejecución, y, a veces también, la mayor diligencia con que algunos Tribunales despachan sus asuntos. Resulta pues, una verdadera arbitrariedad y una injusticia, impedir el concurso por el sólo hecho de que las ejecuciones seguidas contra los bienes del deudor, lo sean en virtud de créditos privilegiados.

Esto revela en el legislador, una absoluta incomprensión del problema económico que involucra la legislación sobre concursos. El procedimiento de ejecución colectiva fué instituido desde los lejanos tiempos del romanismo, sin más objeto que servir de tutela a los acreedores. El tratamiento igual de los acreedores del deudor insolvente (*par conditio omnium creditorum*) — dice Vivante — fué la vocación incesante del derecho romano al través de los mi-

lenios de su historia. <sup>(115)</sup> Porque entonces violar ese principio y violarlo precisamente en el caso en que es más necesaria su aplicación, es decir, cuando el deudor no tenga bienes suficientes a cubrir todas sus deudas? Cuando el patrimonio de un individuo, sea por causas superiores de las cuales resulta víctima, sea por causas imputables a su impericia, o por la violación de las leyes del crédito, es decir, por abuso del crédito, como ocurre frecuentemente, se presenta en situación tal de no poder ya contar con sus fuerzas actuales o sobre concretas. expectativas de bienes futuros para la satisfacción integral de los acreedores, — lo cual quita a ese patrimonio toda razón y toda posibilidad de vida ulterior, — entonces, frente a tal impotencia y a la pérdida que seguramente sufrirán los acreedores, la defensa individual de éstos no puede admitirse porque produciría resultados intolerables e inicuos; la permanencia del deudor en la posesión y en la disponibilidad de su patrimonio, ya impotente para vivir — permanencia que aquellas acciones individuales presuponen — no tendría objeto y sería en cambio, fuente de daños y peligros mayores <sup>(116)</sup>. Es necesario, entonces, facilitar, para tales casos, la formación del concurso, asegurando la igualdad de los acreedores, sin mayor perjuicio para el deudor común.

La restricción que, según acabamos de ver, impone el Código de Procedimientos de la Capital Federal, al derecho de un acreedor para demandar la formación del concurso de su deudor no responde al concepto y a la finalidad de la institución del concurso. En cambio la Ley de Quiebras ha creado un procedimiento rápido y de todo punto eficaz, para obtener de la autoridad Judicial la declaración de falencia del deudor. Basta, a este efecto, según lo dispone el Art. 52, un protesto, que ni se exige lo sea ante el deudor, siendo suficiente haberlo hecho ante sus dependientes o ante la Municipalidad. <sup>(117)</sup> De este modo, todos los bienes del deudor

(115) Vivante: *Il Fallimento Civile*, cit., pág. 325.

(116) Navarrini: *ob. cit.*, Vol. VI, pág. 5.

(117) La Cámara de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal ha establecido, erróneamente, a nuestro juicio, que, para la procedencia de la quiebra, la deuda que originó el protesto, debe ser comercial. Este criterio no encuentra fundamento ni en la ley, ni mucho menos, en la finalidad de la Institución de la Quiebra. El Art. 52 de la Ley no hace distinción alguno entre deuda civil y deuda comercial, y *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Por otra parte, la aplicación del principio consignado en el Art. 5 del C. de C. obliga a

son puestos bajo secuestro con la rapidez que la situación exige, se paralizan las ejecuciones individuales, y con el desapoderamiento y las inhibiciones del deudor, que son consecuencia inmediata del auto que declara la quiebra, se asegura la integridad del patrimonio y la igualdad de los acreedores.

La ley de quiebras ha establecido como criterio para la procedencia de su declaración el de la cesación de pagos; los Códigos de procedimientos han fijado, en general, como criterio para que sea procedente el concurso civil, el de la insolvencia. Ambos criterios difieren fundamentalmente, y mientras el de la ley de quiebras se inspira en el concepto económico de la Institución, que es el único concepto del cual debe partirse para dictar las normas jurídicas a las cuales será sometido el fenómeno de la falencia, — que es esencialmente un fenómeno económico — las leyes sobre concursos civiles, olvidando esta calidad del fenómeno, aparecen inspirados en un hibridismo económico - jurídico, que no satisface ni el primero ni el segundo aspecto. No satisface el aspecto económico porque no permite el concurso civil en casos en que el patrimonio del deudor se revela, con toda evidencia, impotente a dar satisfacción a las deudas que lo gravan, como ocurre en el caso de ejecución sobre todos los bienes, por créditos privilegiados; y no satisface tampoco el aspecto jurídico porque olvida el concepto fundamental de las obligaciones, según el cual el acreedor tiene derecho a que se le efectúe la contraprestación por equivalente mediante ejecución sobre todos los bienes del deudor, sin más limitaciones que las resultantes de legítimas causas de preferencias; y porque olvida también el principio (que es precepto legal en los Códigos Civiles de Francia e Italia, Arts. 2093 y 1948/9 respectivamente) de que todos los bienes del deudor constituyen la prenda común de sus acree-

---

todo un proceso para destruir la presunción allí establecida, proceso que siempre redundará en perjuicio de los acreedores. Y finalmente, el propósito de defensa colectiva que persigue la institución de la quiebra, no admite distingo alguno, que resulta más absurdo aún si se considera que, declarada la quiebra, todos los acreedores sean civiles o comerciales, quedan igualmente sometidos a sus efectos; entonces, por qué someter al acreedor civil a la ley del dividendo lo mismo que a los demás acreedores, y negarle el derecho a provocar el estado de quiebra? Su derecho al patrimonio del deudor, es distinto al que tienen los demás acreedores? Evidentemente es el mismo, luego igual debe ser también su posición frente al incumplimiento del deudor común. Lo contrario importa sancionar un privilegio que ninguna ley lo ampara.

dores, <sup>(118)</sup> para cuya efectividad es absurdo exigir que se espere a que todos los bienes del deudor estén gravados, o embargados, porque ello importa decir que el concurso sólo procede cuando el deudor ya no tenga bienes.

La cesación de pagos como elemento determinante de la quiebra, es aquel estado de impotencia de un patrimonio, ese estado de imposibilidad de realización actual para servir al pago de las deudas puesto de manifiesto por el comerciante merced a la manera de comportarse en sus relaciones comerciales. <sup>(119)</sup>. Ahora bien, para determinar el estado de cesación de pagos, la ley no se atiene tanto a la situación objetiva del patrimonio del comerciante, sino más bien a su puntualidad en el cumplimiento de las obligaciones <sup>(120)</sup>; la ley toma en cuenta un hecho exterior, visible, la falta de pago y el consiguiente protesto de un documento por un crédito exigible, y con ese elemento de juicio crea la presunción de que el comerciante ha cesado en sus pagos (Art. 52) y autoriza la declaración de quiebra del deudor.

La ley no se detiene en exigencias demostrativas de la cesación de pagos, y si bien ésta no es un *hecho*, sino un *estado* patrimonial, la ley parte de un *hecho externo*, el incumplimiento del deudor, establece para ese *hecho* la presunción de que él induce el *estado* de cesación de pagos, y lo sanciona con la quiebra. De esta manera se coloca en manos de los acreedores un medio expeditivo para la defensa de sus intereses, favoreciendo la formación del concurso, con todas las ventajas que esta medida trae aparejadas. No interesa a la Ley de Quiebras, a los efectos de autorizar el pedido de falencia, que el comerciante sea un insolvente, que su activo supere o no al pasivo; le basta saber que ese patrimonio es impotente, que no presente posibilidad de realización inmediata que permita a su dueño satisfacer la contraprestación a que se obligó cuando hizo uso del crédito, basta, en una palabra, saber que existe un desequilibrio entre los valores realizables y las prestaciones exigibles. <sup>(121)</sup> Es pues, rigurosamente, el concepto económico de la falencia, el que sirve de punto de partida a la ley, y es el único

(118) Rocco: Il Fallimento, pág. 12.

(119) Bonelli: ob. cit., Vol. I, pág. 55. — Ramella: ob. cit., Vol. I, pág. 157.  
—Ch. Lyon Caen et L. Renault: ob. cit., Vol. VII, pág. 61.

(120) Bonelli: ob. cit., Vol. I, pág. 56.

(121) Ver supra N° 8. — Rocco: Il Fallimento, pág. 6.

concepto del cual debe partirse, por lo mismo que la ley no hace sino reglamentar el fenómeno económico de la quiebra. El concepto de la insolvencia, en cambio, — que es del cual parten nuestras leyes sobre concursos civiles — es distinto del de la cesación de pagos, y las serias dificultades que presenta la demostración del estado de insolvencia, se agravan por la falta de un precepto legal que haga presumir ese estado induciéndolo de determinados hechos. En primer lugar, — como dice Lyon Caen — no se está jamás seguro de que un individuo es solvente, puesto que en ausencia de una liquidación acompañada de publicidad, no se puede conocer exactamente ni el monto de sus deudas ni lo que producirán sus bienes. <sup>(122)</sup> La constatación de la insolvencia importa siempre un proceso de *valuación* integrado por elementos objetivos (valor realizable del activo en relación con el pasivo) y subjetivos (situación personal del comerciante frente a sus acreedores, crédito de que goza, etc.) <sup>(123)</sup>, siempre difíciles y de lenta comprobación. La insolvencia entonces, según el concepto más generalizado, es el estado del patrimonio de una persona en virtud del cual ésta se encuentra en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones por insuficiencia de bienes. <sup>(124)</sup>

El Código Civil no ha fijado tampoco, no digamos ya el concepto de la insolvencia — que puede estimarse extraño a un Código y propio tan sólo de la doctrina — pero ni siquiera los hechos de los cuales puede inducirse ese estado; y cuando, en el Art. 753, establece que un acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de la obligación antes del plazo convenido cuando el deudor se hiciese insolvente, considera como tal al que ha hecho concurso de acreedores; en igual forma se expresa el Código en su Art. 962, inciso I. Cae así en un círculo vicioso pues hace presumir la insolvencia de lo que es, precisamente, su efecto; el concurso, o la quiebra. Es pues indispensable para que un acreedor consiga la declaración del concurso civil de su deudor que acredite su *estado* de insolvencia, ya que no otra cosa significa la exigencia del Art. 719, Inciso II°. del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la Capital, de que el acreedor demuestre que todos o la mayor par-

(122) Ch. Lyon Caen et L. Renault: ob. cit., Vol. VII, pág. 58.

(123) Bonelli: ob. cit., Vol. I, pág. 5.

(124) Bonelli: ob. cit., Vol. I, pág. 3. — Ramella: ob. cit., Vol. I, pág. 157.

te de los bienes del deudor se encuentran embargados a consecuencia de ejecuciones iniciadas en virtud de créditos quirografarios; exigencia que importa hacer prácticamente nula — según antes dijimos — la sanción del concurso civil para el deudor que no cumple sus obligaciones. <sup>(125)</sup>

Qué razones pueden justificar la disparidad de tratamiento que también en punto a la apertura del concurso existe según que el deudor sea o no comerciante? Hemos visto anteriormente (N.º 10) que para el acreedor no es distinta la situación que se le crea por el incumplimiento de obligaciones de un comerciante o de quien no lo es; el efecto de la falta de pago es siempre el mismo: una perturbación del normal funcionamiento del crédito. Luego pues, debe darse, para casos iguales, medios también iguales de protección o de tutela.

Una profunda diferencia existe también entre nuestra Ley de Quiebras y las leyes sobre Concursos Civiles: mientras la primera tiene, en cierto modo un carácter mixto de ley de fondo y de forma, las segundas son puramente formales. De ahí que la ley de quiebras contenga una sistematización total de Instituto de la falencia, con todos sus efectos sobre los bienes del deudor y sobre las relaciones de éste con sus acreedores y con terceros, al par que las leyes sobre concursos civiles no comprenden sino cuestiones de forma y están exclusivamente destinadas a reglamentar la liquidación de los bienes y la distribución del producido. Cualquier cuestión que pueda suscitarse ya sea respecto a la posición de los acreedores en la verificación de los créditos, ya respecto de terceros que tengan relaciones jurídicas pendientes con el concursado, o que sean propietarios de bienes que se encuentren en su poder, deberá resolverse conforme a los preceptos y a los principios del derecho civil; pero, como este Código no ha reglamentado en ninguna parte

(125) Vivante: Il Fallimento Civile, cit., pág. 347, dice a este respecto. "Una grande mole di disposizioni sparse nel Codice Civile subordina l'esercizio dei diritti del creditore all'insolvenza del debitore, e specialmente il diritto di esigere immediatamente i crediti a termine. La dottrina non può dare dell'insolvenza che un concetto giuridico molto generico, considerandola come la impotenza a pagare, e dentro questo concetto possono stare i più disparati apprezzamenti; così che il giudice ora, ispirandosi alla indulgenza, ritenne che l'eccezione del passivo sull'attivo che una esecuzione mobiliare ed immobiliare riescita inutile non fossero indizi sicuri d'insolvenza; mentre in altri casi, ispirandosi a severità, ritenne che un mero sequestro fosse segno sicuro d'insolvenza".

la Institución del concurso (lo único que se refiere especialmente a este Instituto es la ley 11077 sobre “Extinción de las obligaciones del deudor en los concursos civiles”) una gran deficiencia legal se advierte en esta materia y el vacío perjudica a los acreedores y a los terceros que tengan relaciones jurídicas con el concursado. Así, por ejemplo, el deudor comerciante que se encuentre en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones, está obligado por el Art. 6° de la Ley de Quiebras, a presentarse a los Tribunales solicitando la convocación de sus acreedores si estuviese matriculado; y si no lo está, o no creyese conveniente la presentación en convocatoria, deberá solicitar su propia quiebra, ya que, de no hacerlo, podrá ser declarado fallido a solicitud de cualquier acreedor y entonces su no presentación constituye una presunción de fraude y el Juez, al declarar la quiebra lo constituirá en arresto y lo someterá al Juzgado de Instrucción Criminal (Art. 53 de la Ley de Quiebras). <sup>(126)</sup> Esta exigencia es perfectamente armónica con los principios económicos de la Institución, que tiene por principal objeto asegurar la integridad del patrimonio en circunstancias en que el deudor no puede ya atender con puntualidad sus compromisos; y de ahí que deba procurarse, cuanto antes, separar al deudor de la administración de sus bienes para evitar que pueda realizar actos de disposición en perjuicio de los acreedores. Nada de esto se exige al deudor no comerciante, que puede, con toda tranquilidad, continuar en la plena posesión y disponibilidad de sus bienes, disminuyendo a voluntad su patrimonio, efectuando pagos, constituyendo gravámenes, hasta que algún acreedor se disponga a pasar por las “horcas caudinas” de la demostración de su insolvencia y solicite la declaración judicial del concurso civil. Y aún después de dictado el auto que declara al deudor en estado de concurso, la situación no es la misma que la producida por el auto de quiebra. Este último produce efectos en el pasado — según vimos en el número anterior — en cuanto permite que sean declarados nulos una serie de actos realizados por el deudor en perjuicio de los acreedores, (Arts.

---

(126) Disentimos fundamentalmente con la interpretación que de este precepto hace Armengol, (M. F. Armengol: “Fundamento y Crítica de la Ley de Quiebras”. Ed. Tragant, 1914, pág. 405) y según la cual, no es la falta de presentación al Juzgado a solicitar la convocatoria o la quiebra lo que autoriza la prisión del deudor, sino su insolvencia.



76, 77 y 78 de la Ley de Quiebras) mientras que el auto declarativo del concurso sólo produce efectos para el futuro; aquí ningún pago hecho por el deudor puede ser anulado, aún cuando se haya pospuesto a un acreedor más antiguo, y aún cuando el que lo recibe esté informado de la situación económica del deudor y del perjuicio que con él se acarrea a los demás acreedores, ya que ningún fraude comete el que recibe aquello que le es debido. <sup>(127)</sup>

Una disposición como la del Art. 128 de la Ley de Quiebras, según la cual, el acreedor que tenga títulos garantizados solidariamente con el fallido y otros coobligados también fallidos, participará en los pagos de todas las masas figurando en cada uno de ellas por el valor nominal de su título hasta el íntegro pago, no existe para los concursos civiles, de modo que el acreedor de un no comerciante que tenga a cargo de éste una letra de cambio girada o endosada por terceros que tampoco ejerzan el comercio, no puede reclamar de los concursos de cada deudor solidario sino la porción que ha dejado de percibir de los otros y sólo sobre esta porción se le distribuirá el dividendo que corresponda.

Pero, donde es aún más visible la diferencia de régimen a que se encuentran sometidos los acreedores ya se trate de un concurso civil o de un concurso comercial, es en la materia que la ley de quiebras legisla bajo el título de la "Reivindicación". Aquí la diferencia de tratamiento, según que el fallido sea o no comerciante, es de gran trascendencia y significa colocar a los terceros que han realizado ciertas operaciones con el concursado y que tienen sus domicilios distantes del domicilio del deudor en situación de inferioridad respecto de los que viven en la misma plaza o en lugares vecinos. En efecto, la proximidad de estos últimos les permite estar continuamente informados de la situación económica y del desarrollo de las actividades de su deudor o de su posible deudor, de tal modo que cuando esa situación se advierta desfavorable, no realizarán nuevas operaciones; en cambio los que viven lejos, no pudiendo conocer con rapidez esa situación, tampoco eludirán nuevas transacciones, y se verán así conducidos a sufrir pérdidas de importancia.

Veamos cómo esta afirmación es exacta. La Ley de Quiebras.

---

(127) Ramella: ob. cit., Vol. I, págs. 60 y 61

en el recordado título de la “Reivindicación” ha creado un Instituto especial para la falencia que, con relación a la misma institución reivindicatoria establecida ya por el Código Civil, representa un *jus singulare*, (128) esto es, un conjunto sistemático de normas *particulares* diverso de las normas generales del derecho común, que regulan determinadas relaciones *de la categoría de las reguladas por las normas generales*, y dictadas para responder a exigencias particulares de aquéllas. (129). Según lo dispuesto en aquel Título, el vendedor a quien no se ha pagado el precio puede reivindicar los efectos vendidos y despachados al comprador, cuando la quiebra de éste se produce antes de que haya entrado en posesión efectiva de los objetos comprados. De tal modo que cuando la quiebra se declara en circunstancias en que las cosas vendidas se encuentran en curso de transporte el comprador puede resolver la venta y reivindicar esos objetos. Este derecho excepcional que se acuerda al vendedor, que por haber efectuado la tradición — si bien simbólica — había perdido todo derecho real sobre la cosa y no debía quedarle sino un derecho creditorio por el precio, tiende a evitar los perjuicios que, por las razones a que hace un momento aludíamos, pueden resultarle al vendedor *a distancia*. Aquí la Ley ha tenido en cuenta, que los objetos cuya reivindicación autoriza no habían entrado a formar parte, de una manera visible, de los bienes del comprador; no habían ingresado aún en forma real y efectiva a su patrimonio y que, en tal caso, hubiera sido injusto hacer pasible al vendedor de los efectos de una quiebra que no pudo prever, y mejorar la situación de los demás acreedores que no tuvieron en cuenta esos bienes en el momento de otorgar créditos al fallido; la ley ha querido evitar la injusticia que significaría hacer pasar las cosas vendidas, de manos del vendedor a poder de la masa, sin más objeto que aumentar el activo de ésta para aumentar el porcentaje que percibirán los acreedores, y someter a aquél a la ley del dividendo. En esta forma la Ley de Quiebras introduce una saludable paridad de tratamiento entre los que contrataron con el fallido estando domiciliados en plazas diversas, y, a lo mejor, muy

(128) Bonelli: ob. cit., Vol. II, pág. 535, y nuestro trabajo “La Reivindicación en la Quiebra” en la *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, año XIV, Nos. 9-10 (Noviembre-Diciembre, 1927).

(129) Rocco: *Corso di Diritto Commerciale*, pág. 54.

distantes, y los que viven en la misma plaza; éstos, muy difícilmente se encontrarán desprevenidos de la marcha precaria de su vecino, y evitarán siempre crear relaciones de negocios a crédito.

Pues bien, una defensa de esta naturaleza, tan armónica con la finalidad de tutela del crédito que persigue la Ley de Quiebras, no existe en los casos de concurso civil; aquí el vendedor que hubiese ya despachado los efectos habría perdido todo derecho para reclamar su devolución o el pago íntegro, y se vería sometido a los efectos comunes de la liquidación del patrimonio del comprador. Y por qué esta diferencia? ¿Por qué ha de permitirse a los acreedores de un concurso civil, apropiarse cosas que en cierto modo no han pertenecido a su deudor, y vender como de éste objetos que en realidad deben considerarse como que no han salido de la propiedad del vendedor? El que vende a plazos a un comerciante como el que vende a quien no lo es, realiza siempre una idéntica operación de crédito; confía en las mismas perspectivas, y para el des-entvolvimiento de sus operaciones tiene siempre igualmente en cuenta el crédito contra el comerciante y el crédito contra el que no lo es, y espera del mismo modo el cumplimiento puntual de la contraprestación que deben efectuar ambos deudores. Ninguna diferencia existe en los dos casos; nada justifica, pues, la diversidad de tratamiento. Supongamos que un comerciante de Buenos Aires vende a dos individuos domiciliados en Córdoba, el uno comerciante y el otro no, una máquina trilladora a cada uno de ellos; durante el curso del transporte se declara en quiebra el primero y el segundo es civilmente concursado. El vendedor podrá reivindicar, conforme a las prescripciones de la ley de quiebras, la máquina remitida al comprador comerciante y escapará de esta manera a los efectos de la falencia; en cambio nada podrá hacer respecto de la trilladora vendida al no comerciante y tendrá que contemplar impasible la entrada de esa máquina — que unas horas antes formaba parte de sus bienes — a la hoguera común donde todo ha de venderse a bajo precio (porque esto es lo que ocurre en todas las liquidaciones judiciales) vale decir, donde todo ha de quemarse, para percibir después, si es que algo percibe, un dividendo irrisorio! Podría alguien encontrar un fundamento a esta diversa manera de proteger un mismo y único derecho? Sólo prejuicios de escuela, o incomprensión de problemas económico-jurídicos fundamentales, pueden au-

torizar esto que es un anacronismo y un contrasentido; y sólo con la unificación legislativa sobre concursos se llegará a lo que ha sido una vocación incesante del derecho al través de los milenios de su historia; la igualdad de tratamiento de los acreedores de un deudor común: la *par conditio creditorum*. <sup>(130)</sup>

No es tan sólo el derecho del vendedor, a que acabamos de hacer referencia, el que resulta protegido por la Institución reivindicatoria de la Ley de Quiebras; lo es también el del comitente en la quiebra del comisionista y el del endosante de papeles de comercio en la quiebra del endosatario. El primero puede reivindicar los efectos remitidos en comisión cuando el comisionista quiebra antes de haber dispuesto de esos efectos, y el segundo tiene derecho a reivindicar los títulos transmitidos al fallido con endoso perfecto o en blanco, — es decir, mediante un endoso que importa transmisión en propiedad del título de crédito — cuando esa entrega hubiera tenido por objeto tan sólo la percepción del valor y su custodia por cuenta del endosante o el encargo de efectuar determinados pagos con su importe. En cambio, el que entregó objetos para la venta a un tercero, que no reúne todas las condiciones para ser incluido en la categoría de comisionista, conforme a las disposiciones del Código de Comercio, pero que debía efectuar la enajenación en su propio nombre, difícilmente podrá reivindicar los objetos entregados, cuando ese tercero fuese declarado en concurso civil. Y con iguales dificultades tropezará el endosante que quiera readquirir el título entregado a un no comerciante que cae también en concurso civil.

Otra serie de disposiciones contenidas en el mismo Título al cual venimos haciendo referencia, están destinadas a proteger con eficacia los derechos de terceros que han contratado con el fallido: derecho al precio de venta de los mismos objetos sobre los cuales podía ejercitarse la acción reivindicatoria si los hubiese vendido el fallido, facultad de reivindicar los títulos entrados en cuenta corriente (Art. 113) etc.; pero omitimos el estudio particularizado, para remitirnos a nuestro trabajo antes referido, en el cual esta materia ha sido tratada con cierta amplitud. Pues bien, el estudio comparativo que hemos efectuado entre la legislación comercial y la legislación civil sobre concursos, representa una nueva y pode-

(130) Vivante: Il Fallimento Civile, cit., pág. 325.

rosa demostración de la necesidad urgente de dictar una ley uniforme que sirva por igual de tutela del crédito, cualquiera sea la condición profesional de las personas.

La circunstancia de que las leyes que reglamentan los concursos civiles son de carácter puramente procesal, y no pueden extender sus disposiciones fuera del orden interno de cada Provincia, impide que en ellas se incluyan normas relativas a los derechos fundamentales de los acreedores respecto del deudor; y su función se limita, como antes dijimos, a determinar la forma de enajenación de los bienes y su distribución entre los acreedores. Pero, tampoco sobre este aspecto particular de la Institución del Concurso Civil, encontramos en los Códigos de Procedimientos un conjunto completo de normas reguladoras; por el contrario, esos códigos se resienten de una gran deficiencia técnica y de una escasez marcada de preceptos relativos al orden del procedimiento a la verificación de los créditos, a la forma en que pueden concertarse acuerdos entre el deudor y sus acreedores, <sup>(131)</sup> etc.

En lo relativo a la verificación de créditos p. e. una variedad de situaciones no encuentra solución en el Código. Según el Art. 754 del C. de P. C. y C. de la Capital, cualquier acreedor, aún los privilegiados — que casi ningún interés pueden tener en los resultados de la verificación — puede observar créditos y esta sola observación basta para que ese crédito quede en calidad de “provisorio” con todos los inconvenientes que tal situación produce al acreedor. Pero más grave aún es el caso en que la observación haya sido hecha por el deudor o por el Síndico; entonces, como éstos no están obligados a seguir un juicio para demostrar su impugnación, el acreedor, que quiera salir de su estado ambiguo, de su condición de “provisorio”, deberá seguir todo un juicio para acreditar su derecho contra el concurso, juicio que en muchos casos no tendrá más razón de ser que el capricho o la mala voluntad del Síndico o del deudor. Y aún en el caso en que la observación hubiese sido hecha por otro acreedor la situación del impugnado no mejora mucho. En efecto, es cierto que el Art. 755, segundo apartado, establece que los acreedores objetantes *deberán* seguir ellos el

---

(131) Ver el número siguiente sobre El Concordato.

juicio, a su costo, para probar su impugnación (132); pero nada dice de lo que ocurrirá si esos acreedores no inician el juicio. Cuál sería, en este supuesto, la situación del acreedor observado? Se tendrá a los impugnadores por desistidos, o el acreedor tendrá que tomar la iniciativa y promover un juicio para demostrar la legitimidad de su crédito? Estas y otras deficiencias cuya enunciación excedería el objeto de este breve análisis, son la resultante de la falta de concepto acerca de la importancia económica y jurídica de la institución del concurso, conque ha sido encarada su legislación.

Este Instituto no es de carácter puramente procesal, como no lo es el de la quiebra, (133) ya que ambos no tienen sólo por objeto el reconocimiento de derechos existentes a la apertura del juicio, sino que dan nacimiento a una cantidad de relaciones jurídicas nuevas, originadas precisamente, por el auto que declara la quiebra o el concurso civil. Todo el conjunto de principios jurídicos que regulan las relaciones entre los acreedores y el concursado o fallido, constituye la parte *material* de la *falencia*. Esta parte contempla especialmente los efectos jurídicos de la declaración de quiebra, (efectos que tampoco han sido legislados en el Código de Procedimientos, sin duda porque el legislador advirtió que se trataba de cuestiones ajenas a una ley procesal) los derechos de los acreedores que concurren al procedimiento, las normas sobre revocación de ciertos actos cumplidos por el fallido en el período de sospecha, la condición ju-

---

(132) El Dr. Tomás Jofre, — Manual de Procedimientos (Civil y Penal) 2ª. edición Valerio Abelado, Vol. IV, pág. 146, — parece ser de opinión que los acreedores no están obligados a iniciar el juicio, pues dice: "El acreedor o acreedores disconformes con la verificación provisoria, pueden deducir acción, a su costa, contra el titular del crédito". Nosotros pensamos, sin embargo, que el o los acreedores impugnantes están obligados a iniciar el juicio, pues la forma imperativa en que está redactado el artículo, — *deberán* seguir el juicio, dice — así lo deja entender. Y creemos que, si bien el mismo Código nada dispone para el caso en que así no lo hagan los acreedores impugnantes, la sanción debe ser el desistimiento de la impugnación y la verificación definitiva del crédito. No puede, a nuestro juicio, aceptarse un precepto legal imperativo y desprovisto de sanción.

(133) En esto disintimos con el sabio profesor Vivante, para quien "L'Instituto del fallimento non appartiene alle leggi sostanziali, perché non si propone di determinare quali sono i diritti, ma appartiene piuttosto alle leggi processuali perché ha essenzialmente lo scopo di far riconoscere diritti già esistenti all'apertura del Fallimento, per soddisfarli in misura di dividendo". — "Il Fallimento Civile", pág. 324.

rídica del fallido después de liquidada la falencia, etc. (134). Al lado de esta parte *material*, el Instituto contiene una buena dosis de normas exclusivamente procesales, como son todas las relativas a la organización administrativa y a los diversos procedimientos especiales a los cuales la quiebra o el concurso dan nacimiento, y todo esto constituye la parte *formal* de la institución. Ahora bien, la vinculación, el nexo existente entre estas dos partes es tan grande, que resulta difícil una separación, y de ahí la necesidad de que sea una ley del Congreso de la Nación, y no leyes locales de procedimientos la que regule y someta a normas jurídicas el fenómeno de la falencia, sea civil o comercial. La parte *material* del instituto de la quiebra o del concurso, es una rama del derecho privado, forma parte de la legislación de fondo y por eso su disciplina escapa al poder legislativo de las Provincias. Y si bien es cierto que por mandato de la Constitución, los Estados Federales tienen la facultad de dictar las leyes de Procedimientos para la aplicación de las leyes de fondo que dicte el Congreso, no lo es menos que cuando la forma sea inseparable del fondo, este poder jurisdiccional debe ceder al más amplio y comprensivo del interés general que corresponde al Congreso.

En esta forma habrá desaparecido del derecho argentino el anacronismo que significa mantener, al lado de una ley uniforme en todo el país para concursos comerciales, quince leyes locales para concursos civiles; habrá desaparecido el absurdo que representa esta pluralidad de legislaciones destinadas todas — las procesales sobre concursos civiles y la de quiebra — a regir un solo y único fenómeno económico, el fenómeno de la quiebra; se llegará con la unificación a ofrecer a la economía creditoria una garantía seria de normal funcionamiento, ya que es cierto, — como decía Vittorio Sacerdotti, en la “Prolusione” que antes hemos citado — que el crédito no se alimenta sólo de las calidades personales del deudor, cuales serían su habilidad, su honestidad, su grado de riqueza, sino también de la eficacia de los medios de defensa puestos por la ley a disposición del acreedor. Y esta eficacia no podrá existir mien-

(134) Ramella: ob. cit., Vol. I, pág. 4. — Bonelli: ob. cit., Vol. I, pág. 3. — quien no obstante reconocer que es en el derecho procesal, donde va clasificada la quiebra en el marco del sistema general del derecho, afirma que ese instituto tiene una naturaleza propia que no la hace entrar en el cuadro de las instituciones puramente procesales.

tras no tengamos una ley única para concursos civiles y comerciales.

12. — Un serio inconveniente que, para el derecho argentino resulta del dualismo legislativo sobre concursos (casi mejor diría del pluralismo) y especialmente de la circunstancia de haberse librado — aunque indebidamente — a las Provincias la legislación de esta materia en lo que concierne a los no comerciantes, lo constituye la falta de eficaces medidas preventivas que puedan evitar la liquidación forzosa de los bienes del deudor que es el final casi obligado del concurso civil. El concordato preventivo no existe como Institución especial para la insolvencia civil, y las disposiciones que al respecto contienen algunos Códigos de Procedimientos (como el de Córdoba, por ejemplo) carecen por completo de eficacia, ya que en nada modifican el principio de la libertad de las convenciones y el de que los contratos no pueden oponerse a terceros (Art. 1199 del Código Civil) ni afectar a los que no hubieran concurrido a su realización. En tales arreglos cada acreedor es, con respecto a los demás, *res inter alios acta*.

La quiebra, — lo hemos dicho en el curso de este trabajo — con los caracteres con que ha sido legislada por el Código de Comercio, representa, es cierto, una medida de protección al crédito, un procedimiento tutelar de la economía creditoria. Pero la eficacia de la Institución, más que en sus resultados finales de liquidación del patrimonio para repartirlo proporcionalmente entre los acreedores, radica en lo que podríamos llamar su efecto *intimidatorio*. El comerciante sabe que cuando deja de cumplir sus obligaciones puede ser llevado a la quiebra; que ésta le produce, como consecuencia inmediata, una *capitis diminutio* de su personalidad civil y política; y lo que no es menos grave, que el concepto público lo coloca, sin previo análisis, en la categoría de los fracasados y deshonestos; pues bien, todo esto, que resulta como efecto de la quiebra, actúa sobre la psiquis del individuo y lo contiene, muchas veces, en los límites de la corrección y de la prudencia. Sin embargo, y por muy honrado y correcto que sea un comerciante, un cúmulo de factores, cuya influencia él no puede modificar, lo llevan con frecuencia a situaciones económicas embarazosas, que le impiden el desarrollo normal de su gestión mercantil. Para tales casos, la solución a que conduce la quiebra no es, generalmente, la



que más conviene a los intereses de acreedores y deudor. La liquidación forzosa de un patrimonio produce, en la práctica, resultados que, a veces, no permiten cubrir ni una parte mínima de los créditos; tal vez en esto tenga buena parte de culpa la deficiencia con que la materia ha sido legislada en nuestro país, pero es lo cierto que los acreedores sufren las consecuencias económicas que de todo ello deriva. De ahí que, en ocasiones, sea conveniente evitar esos resultados, tanto para los acreedores como para la economía general, ya que la liquidación judicial del patrimonio y la clausura y disolución de la hacienda, — como lo expresa Pípa — es causa, en muchos casos, de dispersión de actividades singulares, de turbaciones dañosas en las relaciones con terceros, de sacudimientos a la regularidad y puntualidad de la circulación comercial. <sup>(135)</sup> El medio por el cual se evitan esas consecuencias, es el Concordato preventivo.

Este Instituto, que con carácter preventivo de la falencia fué consagrado en nuestro derecho por la reforma de 1902 a la Ley de Quiebras (Libro IV, del C. de C.) no existe sino para los comerciantes; aquellos que ejerciendo actividades económicas de las que no entran en la categoría de comerciales, se encuentran en situación embarazosa para cubrir sus obligaciones, no pueden acogerse a los beneficios del Concordato, por lo menos del llamado concordato judicial, porque ninguna ley válida lo autoriza. Es cierto que, conforme a los principios del derecho civil puede cualquier deudor celebrar acuerdos con sus acreedores que importen una remisión parcial o total de las deudas, o el traslado de su exigibilidad para una época posterior, próxima o lejana; pero, para que tales acuerdos puedan surtir los efectos de paralizar las ejecuciones individuales o impedir la quiebra, deben ser tomados por la totalidad de los acreedores, pues bastaría que uno solo se negara a entrar en el arreglo para que su finalidad se frustrase, y el deudor pudiera ser declarado en quiebra a solicitud de tal acreedor. <sup>(136)</sup> Sabido es todo lo difícil que para el deudor resulta conseguir esa unanimidad, pocas veces alcanzable; y cuando, excepcionalmente, se llega a obtenerla, es seguro que no habrá sido a base de colocar a to-

(135) Umberto Pípa: *Trattato di Diritto Commerciale*, Edición, 1920, Unione Tipografica editrice Torinese. Torino. — Vol. V, pág. 212.

(136) Armengol: *ob. cit.*, pág. 114. — Ramella: *ob. cit.*, Vol. II, pág. 768.

dos los acreedores en un pie de perfecta igualdad, sino mediante concesiones especiales a los más exigentes, aumentándoles el porcentaje o garantizándoles sus créditos, en forma siempre gravosa al deudor y desfavorable para los demás acreedores. Lo común es que tales arreglos solo sirvan para dilatar por un tiempo la liquidación final, manteniendo al deudor al frente de su patrimonio, y permitiéndole así, en muchos casos, liquidar los bienes en su propio beneficio, con menoscabo del interés de todos los acreedores. Tal es el resultado a que conduce la falta de una legislación sobre la falencia de los no comerciantes y sobre el concordato preventivo judicial.

Decíamos hace un momento que los deudores civiles no podían celebrar concordatos con la mayoría de sus acreedores en forma de hacerlos obligatorios a la minoría, porque ninguna ley válida los autoriza en el territorio de la Nación. Y es así, en efecto. Muchos de los Códigos de Procedimientos de las Provincias, <sup>(137)</sup> autorizan, es cierto, esos arreglos y establecen cuál debe ser la mayoría de capital y votos necesaria para su perfección. El de la Provincia de Córdoba, por ejemplo, dispone en su Art. 685, que “en cualquier estado del juicio en que mediere *acuerdo* entre los acreedores y el deudor, el Juez lo aprobará o declarará terminado el concurso”, y el 686 establece: “El acuerdo requiere por lo menos, las dos terceras partes de los acreedores personales, cuyos créditos representen las tres cuartas partes del total del pasivo sometido a los efectos del convenio”.

Estas disposiciones carecen en absoluto de valor para obligar a la minoría que no intervino en el arreglo o que se opuso a su conclusión, y el concordato que por ellas se autoriza no vá más allá de una simple convención entre el deudor y los acreedores concurrentes; sus efectos son los efectos comunes de cualquier contrato que obligan a las partes, pero que no alcanzan a terceros. (Arts. 1197 y 1199 del Código Civil). La invalidez de los dos preceptos recordados tiene su origen en nuestro sistema constitucional en materia de derecho privado positivo.

La Constitución Nacional ha reservado al Congreso la facul-

---

(137) Códigos de las provincias de Buenos Aires, Córdoba, Santiago del Estero, San Juan, Entre Ríos, La Rioja, y San Luis.

tad de dictar los Códigos fundamentales (Civil, Comercial y Penal) con aplicación en todo el territorio del Estado, es decir, de los Códigos que regulan la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones. En tal virtud, ninguna ley provincial puede modificar las disposiciones de esos Códigos, y cuando el Código Civil sólo autoriza a extinguir las obligaciones por mutuo consentimiento de las partes, (Art. 1200) si ese consentimiento falta las obligaciones no pueden extinguirse; cuando por el Art. 877 del mismo Código, la remisión de la deuda sólo puede resultar de un acto voluntario del acreedor, si esa voluntad no existe, la remisión no puede operarse. Las leyes provinciales son impotentes para modificar estos principios y desde que el concordato importa siempre modificar ya sea en cuanto a la cantidad, a la forma u oportunidad del pago, la obligación originaria, lógicamente, solo mediante una ley del Congreso puede imponerse a las minorías disidentes el convenio celebrado por la mayoría.

Que el concordato Judicial importa siempre modificar la relación jurídica en perjuicio del acreedor, resulta de su propia naturaleza; y sin entrar en el examen de las diversas teorías con las cuales se trata de explicar su naturaleza jurídica — examen que nos llevaría más allá de la cuestión de que tratamos — bástenos reconocer que él consagra una verdadera obligación legal, <sup>(138)</sup> por lo menos respecto de los acreedores que se opusieron al concordato y de los que no concurrieron a la Junta. <sup>(139)</sup>

La ley, teniendo en cuenta los intereses económicos de carácter general que se ven comprometidos en esas situaciones, y aceptando que la mayoría de acreedores, que representen también la mayor suma de intereses, es la más habilitada para decidir de la suerte de los bienes que forman la garantía común de sus acreen-

(138) Armengol: ob. cit., págs. 134/5.

(139) Para los que aceptaron el concordato esta convención puede ser considerada como un contrato, pero no para los que, habiéndose opuesto deben, sin embargo, someterse a la resolución de la mayoría; para éstos no puede haber contrato desde que falta lo que es esencial a su existencia, la voluntad de las partes. La teoría del contrato es sostenida, entre nosotros, por Martín y Herrera F. en su libro *La Convocatoria de Acreedores y la Quiebra en el Derecho Argentino*, Edic. Cony, 1919, Tomo I, pág. 169. No sostenía lo mismo el reputado profesor, en su estudio sobre la "Naturaleza jurídica del Concordato" publicado en la *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, año 1909. Ver también Ramella, ob. cit., pág. 772, Vol. II.

cias, impone a los que forman la minoría en número y capitales, la aceptación de lo que resuelve la mayoría. La ley resulta así, la fuente directa de esta obligación, y desde que por ella se modifica una relación jurídica de carácter patrimonial, imponiendo al acreedor una nueva forma de pago o disminuyendo la cantidad que tenía derecho a reclamar de su deudor, tal obligación no puede resultar sino de una ley fundamental de las que sólo el Congreso de la Nación puede dictar. Y mientras el Código Civil no autorice esos arreglos, las legislaturas de Provincias carecen de facultades para modificar los principios consagrados por aquel Código. Por imperio de la misma Constitución, las leyes que dicta el Congreso son leyes supremas de la Nación y las autoridades de cada Provincia están obligadas a someterse a ellas, y a no pretender, a su respecto, la primacía de las leyes locales.

En conclusión, pues, la disposición del Código de Procedimientos de Córdoba, que antes hemos transcripto, (al igual que las de los demás Códigos provinciales citados en la nota respectiva) y que autoriza un arreglo a base de que lo acepte un determinado número de acreedores con cierta suma de capitales, es inconstitucional, y en consecuencia, inhábil para obligar a los acreedores disidentes a aceptar el convenio. Esta misma solución ha sido dada por los Tribunales de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires. <sup>(140)</sup> Es, entonces, exacto, que el concordato no existe para los no comerciantes.

Esta exclusión de los beneficios que el Instituto de que tratamos representa para acreedores y deudor, encuentra algún fundamento que lo justifique? Pensamos que sólo la desidia de nuestros legisladores y la poco eficiente acción de la doctrina nacional en la *lucha por el derecho* pueden explicar — pero nunca justificar — esta separación o desigualdad de tratamiento entre deudores comerciantes y deudores que no lo son.

Si la institución del concordato preventivo tiene por objeto resolver situaciones económicas difíciles en que un deudor puede hallarse colocado, procurando mantener en funcionamiento una hacienda que presenta posibilidades de resurgir — posibilidades que la advierten con facilidad los acreedores teniendo en cuenta la si-

---

(140) Ver Parry, ob. cit., pág. 62 y siguientes.

tuación económica del patrimonio y las condiciones personales del propietario — y manteniendo también a su frente, al mismo deudor para que continúe desarrollando sus actividades que pueden ser de gran eficiencia para aquel resurgimiento, parece indudable la conveniencia de extender su aplicación a todo deudor *honesto*, sea o no comerciante. Y aquí tocamos una cuestión fundamental para la vida del instituto: qué el beneficio del Concordato sólo se acuerde a los deudores honestos y de buena fé, a aquellos que teniendo especiales condiciones para el trabajo y aptitudes para el ejercicio de las actividades económicas, se vean envueltos en una crisis de numerario que no les permita cumplir sus obligaciones, por causas no imputables a su propia gestión. Desde que el concordato permite al deudor continuar al frente de su patrimonio con libre disponibilidad de sus bienes, él implica una ratificación de la confianza que los acreedores le habían dispensado, y es natural que esa confianza — que según vimos en el N°. 8 forma la base del crédito — no pueda mantenerse sino para el hombre honrado y de buena fé, que ha sido víctima *inculpable* de las vicisitudes, y de las circunstancias fortuitas propias de toda especulación. <sup>(141)</sup> Ahora bien, la constatación de esa honestidad y de los procederes correctos, puede hacerse, respecto del comerciante, por medio de los libros de comercio, que forman algo así como la historia documentada del desarrollo de su gestión mercantil. El comerciante de buena fé, que cumple con la obligación impuesta por el Código de llevar libros arreglados, va dejando en ellos la constancia fiel de las operaciones que realiza, de los gastos que el negocio o las necesidades particulares de su vida le demandan, de tal modo que, en un momento dado, los acreedores pueden constatar esa buena fé mediante un examen de aquellas anotaciones. En tal forma están habilitados para ratificar, con exacto conocimiento de causa, la confianza hasta ese momento dispensada a su deudor. Pero cómo llegar a esa constatación cuando el deudor no es comerciante? El problema podría resolverse con mayor facilidad si nos encontrásemos frente a un sistema de derecho positivo que consagrara la unidad del derecho privado en materia de obligaciones. Con un Código único que comprendiera todo aquello que el ilustre Decano honorario

---

(141) Ramella: ob. cit., Vol. II, pág. 765.

de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, M. de Lar-naude calificaba justamente de *Droit des Affaires*, <sup>(142)</sup> y en cuya designación, ampliándola, comprenderíamos nosotros todo lo que hoy forma el Derecho Comercial, ya no sería nada extraordinario exigir libros arreglados a derecho a toda persona o entidad que desarrolle actividades económicas de cierta importancia. Nada podría obstar a esta exigencia ya que ella se convertiría en la base para la obtención de un beneficio, que si no es exclusivo para el deudor por cuanto también aprovecha a los acreedores es siempre para aquél, un medio en extremo cómodo para salir de una situación embarazosa.

Pero, aún dentro del sistema nuestro que separa el derecho privado en las dos ramas de Civil y Comercial, la solución no es imposible, y creemos que, para alcanzarla, ni siquiera es necesario que la ley de quiebras deje de formar parte del Código de Comercio.

Algunos de los partidarios de la unificación legislativa sobre concursos, sostienen que la ley respectiva no puede formar parte del Código de Comercio, sino que tendría que ser una ley distinta, una ley de bancarrotas, según lo exige la Constitución Argentina. <sup>(143)</sup> Pensamos sin embargo que, aparte de la impropiedad de llamar ley de bancarrotas a la ley de quiebras, por cuanto en el concepto doctrinario y en el de algunas leyes extranjeras, la bancarrota es el delito de quiebra culpable o fraudulenta, <sup>(144)</sup> — circunstancia que, por lo menos, puede conducir a equívocos perjudiciales — nada impide que esa ley siga incluida como una parte integrante del Código de Comercio. En efecto, hacer extensivas disposiciones del Código de Comercio a personas que el mismo Código no considera comerciantes, no es un hecho extraordinario pues-

(142) Ver el Bulletin Mensuel de la Société de Legislation Comparée, cit., pág. 212.

(143) Así lo sostiene el profesor Dr. Félix Martín y Herrera, en la ob. cit., Vol. I, pág. 25, y así lo proyectó también en su "Proyecto de Ley Nacional de Bancarrotas" preparado en colaboración con el Dr. Juan Carlos Cruz, publicado en la Revista Jurídica y de Ciencias Sociales, año 1916.

(144) Ver: Rappaport, ob. cit., Introducción, pág. 5 y sgts. — Ramella, ob. cit., Vol. II, pág. 521 y sgts. — Rocco: Fallimento, pág. 14 y sgts. — Ch. Lyon Caen et L. Renault: ob. cit., Vol. VIII, pág. 263. — Navarrini: ob. cit., Vol. VI, pág. 336 y sgts. — Bonelli: ob. cit., Vol. III, pág. 303. — Código de Comercio Francés, Art. 584 y sgts. — Código de Com. Italiano, Art. 856 y sgts., etc.

to que actualmente, y por imperio del Art. 6, todos los que verifican *accidentalmente* algún acto de comercio, no se consideran comerciantes, pero quedan sujetos en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones, a las leyes y jurisdicción del comercio. Ahora bien, los que se dedican a especulaciones de carácter económico de las que no se reputan comerciales, realizan constantemente operaciones comerciales (operaciones Bancarias, compras a comerciantes, giro o endosos de papeles de comercio, intervención en sociedades comerciales, etc.) y casi puede decirse que la mayor parte de sus transacciones entran en la categoría de actos de comercio objetivos y quedan por ello sujetos a la ley mercantil. Qué inconvenientes puede haber, entonces, en que esa misma persona o entidad colectiva, quede también sujeta a la ley comercial cuando llegue el momento de buscar una solución a su estado económico, provocado, sin duda en buena parte, por aquellas mismas operaciones que estaban sujetas a las leyes y jurisdicción del comercio? Unicamente prejuicios de escuela pueden encontrar inconveniente esta fusión. Por lo demás, nuestro derecho comercial, lo mismo que el francés y el italiano, se ha caracterizado siempre por su tendencia a extender el radio de su aplicación, incluyendo en la categoría de comerciales una serie de gestiones e instituciones que escapan al concepto clásico de actos de comercio objetivos o subjetivos, <sup>(145)</sup> lo que importa también ampliar el número de personas sometidas a la ley comercial. Y así como en la tendencia opuesta seguida por el derecho germánico se ha eliminado toda clasificación objetiva de los actos de comercio y excluido de la aplicación del derecho mercantil a todos los que no sean comerciantes, en la orientación seguida por nuestro derecho nada impide ampliar la clasificación de actos comerciales objetivos y ampliar igualmente de acuerdo al concepto moderno, la categoría de las “empresas” comerciales con lo

---

(145) Esta clasificación de los actos de comercio puede decirse que hoy está abandonada por la doctrina, por lo menos en su estricto significado habiendo sido reemplazada por otra más científica de actos comerciales por su naturaleza y actos de comercio accesorios. Ver Alfredo Rocco: “Saggio di una Teoria Generale degli atti di Commercio”, en la “Rivista del Diritto Comm e del Diritto Gen. delle Obligazioni”, año 1916, 1ª parte, pág. 81 y sgts. — Ver también, sobre las mismas cuestiones, el interesante estudio del profesor Ageo Arcangeli, en la misma Revista, año 1914, 1ª parte, págs. 581/605: “La Nozione Giuridica di Commercio”.

cual serán muy pocos los que, necesitando someterse a las disposiciones de la ley de quiebras, no sean comerciantes.

Entonces, pues, no existe inconveniente alguno, ni técnico ni práctico, en que la ley de quiebras común a civiles y comerciantes, continúe formando parte del Código de Comercio. Por el contrario, creemos ventajoso mantenerla así, por cuanto su vinculación con todo el sistema — si así puede llamársele — del derecho comercial es evidente.

Volviendo ahora a la cuestión relativa a la forma de constatar la conducta del deudor no comerciante, pensamos que también dentro del sistema de división del derecho privado en las dos ramas, civil y comercial, puede extenderse la exigencia de una contabilidad arreglada a todos los no comerciantes que, usando del crédito en una escala algo importante, desarrollen actividades económicas de las que pueden comprometer la suerte de sus acreedores. Ni siquiera es válida la objeción de que los civiles realizan operaciones aisladas, o de que sus negocios tienen un carácter accidental que hace difícil la exigencia de una contabilidad ordenada, <sup>(146)</sup> puesto que, en primer lugar, los que sólo aisladamente realizan actos de comercio será muy raro que tengan que recurrir a una convocatoria judicial de acreedores para solucionar su situación y en segundo término, aún cuando tuviesen necesidad de gestionar un concordato, nada impide que su corrección la acrediten por otros medios que no sean los libros de comercio; al fin, no son sólo los libros los que demuestran la honestidad de un deudor, sino también su documentación, que puede fácilmente archivar, y el conocimiento que los terceros tengan de su conducta en los negocios.

La exigencia de la contabilidad podría ser eliminada respecto de todo deudor cuyo pasivo no exceda de una determinada suma, pues evidentemente, tan gravosa puede ser esa exigencia para el pequeño comerciante como para el pequeño especulador en negocios no comerciales.

Por lo demás, limitando el derecho de obtener un concordato a los deudores de buena fé, serán estos mismos los que se es-

---

(146) Esta objeción fué hecha por el Colegio de Doctores en Ciencias Económicas de la Capital Federal en la exposición de motivos con que acompañó, a la Comisión especial de Reforma al Código de Comercio de la Cámara de Diputados, su proyecto de Ley de Quiebras, en 1924.



forzarán por demostrar a sus acreedores y a los Jueces, la corrección de su conducta, de modo que la arbitrariedad no será fácil, ni en la práctica dejará de conseguir un arreglo el deudor honesto que sólo por circunstancias fortuitas se ve en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones. Un poco de previsión en la ley bastaría para salvar estos inconvenientes y serviría también para corregir y eliminar muchos abusos que hoy se cometen, a pesar de que la ley de quiebras sólo rige para los comerciantes y de que a éstos se exige llevar libros arreglados a derecho. Por lo común y aunque resulte paradójico, el comerciante de mala fé es el que presenta siempre la contabilidad mejor ordenada.

Podemos pues terminar este punto, afirmando nuestro concepto de que el concordato preventivo es una Institución necesaria en la vida de los negocios y que teniendo ella por objeto solucionar, con ventaja para acreedores y deudor, una situación económica difícil y provocada por circunstancias fortuitas, debe existir para todos los deudores de buena fé, sean o no comerciantes. La unidad legislativa es, también aquí, una exigencia de los tiempos nuevos.

13. — El estudio que hasta aquí hemos realizado ha puesto de relieve la posibilidad técnica y la necesidad práctica de realizar la unidad de legislación en materia de concursos de acreedores, unidad que no sería sino la iniciación de una obra jurídica mucho más vasta y de mayor significación científica: la unidad fundamental del derecho privado en materia de obligaciones.

En nuestro país no faltan sostenedores decididos y eficaces de la tesis de la unificación del derecho privado, (147) quienes seguramente no habrán desfallecido ante el abandono transitorio que de esa tesis ha hecho el que fué su más ardiente y concienzudo sostenedor: el profesor Vivante. Pero, mientras la doctrina nacional va trabajando para imponer a la conciencia jurídica la convicción de que es necesario romper el dualismo que hoy domina en el campo del derecho privado, puede realizarse obra práctica dic-

---

(147) Son partidarios de la unidad del derecho privado: Enrique García Merou (hijo), Fernando Cermesoni, (ver las contestaciones dadas a la encuesta de la Comisión de Reformas al C. de C. de la Cámara de Diputados, 1924), especialmente la del Dr. Cermesoni, bastante completa y concluyente. Leopoldo Melo, Discurso pronunciado en la Cámara de Diputados en 1914, Diario de Sesiones, Tomo III, pág. 368.

tando una ley uniforme para concursos civiles y comerciales. La oportunidad no puede ser más favorable; el Código de Comercio debe ser sometido a una prolija revisión porque así lo exigen imperiosamente los intereses del comercio, de la industria y de la producción en general, y porque lo reclama también el progreso científico realizado por esta rama del derecho en los últimos años. El Código Civil está igualmente sometido al examen de una Comisión de especialistas y ha de ser reformado en un tiempo próximo, todo lo cual facilitará la obra legislativa y ha de permitir se solucionen algunos de los problemas fundamentales que aquí hemos estudiado.

La posibilidad de uniformar la legislación sobre concurso no puede ponerse en duda. Aparte de contar en apoyo de la unificación, con la opinión favorable de distinguidos juriseconsultos nacionales, <sup>(148)</sup> su realización práctica no ofrece dificultades. En efecto, si bien es cierto que la actual separación del derecho privado en Civil y Comercial puede crear situaciones como las que pusimos de manifiesto en otra oportunidad, <sup>(149)</sup> cuando se tratara de la quiebra de una sociedad civil, por ejemplo, en la que, según el Código Civil no existe solidaridad entre los socios, (Art. 1747) esas situaciones pueden ser resueltas mediante una reforma oportuna de la legislación sobre sociedades, y de todas aquellas partes del derecho obligatorio que sea necesario armonizar con la ley uniforme sobre concursos.

La reforma no importaría tampoco una transformación fundamental en las prácticas judiciales, pues la quiebra o la convocatoria de acreedores de un no comerciante en nada diferirá de la de un comerciante. En los dos casos el procedimiento será el mismo: declarada la quiebra de un deudor, sea o no comerciante, se procederá a la ocupación de todos sus bienes, libros, papeles, etc., se convocará a la audiencia para verificar los créditos y nombrar el Síndico, se venderán todos los bienes y se distribuirá su producido entre los acreedores a prorrata de sus respectivos créditos, respetando las causas legítimas de preferencia. En el caso de con-

---

(148) Apoyan esa unificación: F. Martín y Herrera, Juan Carlos Cruz, F. Cermesoni, E. García Merou (hijo), Leopoldo Melo, etc.

(149) En nuestro trabajo sobre la Reforma de la Ley de Quiebras, citado anteriormente, pág. 42 y siguientes.

vocatoria, el Contador examinará la situación económica del deudor, constatará cuál ha sido su conducta comercial e informará a la Junta del resultado de su investigación; ésta resolverá conceder o no un concordato y se solucionará así la situación del convocatario. Qué diferencia habrá en todo esto entre lo que se hace actualmente y lo que se haría con la ley uniforme? Absolutamente ninguna, y no hay diferencias por la razón elemental de que el fenómeno al cual se aplica ese procedimiento es esencialmente uno mismo: el fenómeno de la falencia, que no es sino un hecho patológico en el desenvolvimiento de la economía creditoria, el efecto del anormal funcionamiento del crédito. <sup>(150)</sup>

En cambio, si la unificación no produce complicaciones procesales, producirá el efecto de introducir en nuestra vida económica una mejor tutela del crédito, y en la práctica de los negocios una mayor conciencia de la responsabilidad que entraña la falta de cumplimiento puntual de las obligaciones. Con la ley uniforme, los deudores no comerciantes no podrán, con la facilidad con que hoy lo hacen, substraer sus bienes a la acción de los acreedores mediante enajenaciones simuladas o bien — como dice Ferrara — para alejar la sospecha que brota de estas enajenaciones consentidas por un deudor agobiado de reclamaciones, colocando la venta fingida bajo la forma de una *datio in solutum*. El acto entonces aparece a la vista de todos con una justificación objetiva, porque no hay nada más honrado que cumplir puntualmente las propias obligaciones y la *dación* no es sino una forma de pago. <sup>(151)</sup> Con el procedimiento expeditivo de la revocación instituida por la ley de quiebras, con el período de sospecha que precede a su declaración, se habrá dado a los acreedores de los no comerciantes una seguridad y protección de que hoy carecen, y el país experimentará los beneficios que resulten para la economía general, del regular funcionamiento del crédito.

La ley habrá contribuido así, mediante su efecto *intimidatorio*, a despertar en la conciencia del deudor la idea de que, si bien tiene derecho a enajenar sus bienes, tiene ante todo la obligación mo-

---

(150) Rocco: *Il Fallimento*, pág. 3.

(151) Francisco Ferrara: *La simulación de los negocios jurídicos*, traducido de la 5ª. Edición italiana por Rafael Otard y Juan A. de la Puente, Madrid, 1926, Librería General de Victoriano Suárez, pág. 195.

ral, al mismo tiempo que jurídica, de pagar sus deudas; y que si él enajena sus bienes sabiendo que no pagará, su acto se halla viciado de una inmoralidad culpable. <sup>(152)</sup>

La unidad de legislación — diremos con Vivante — haría efectiva la ley de la igualdad y de la solidaridad entre todos aquellos que han sido afectados por un desastre común; y con la energía de las propias sanciones contra los deudores culpables o fraudulentos, se convertirá en escuela eficaz de probidad y de puntualidad capaz de realzar el crédito argentino que yace enfermo sobre todo por falta de moralidad. <sup>(153)</sup>

Marzo de 1928.

MAURICIO L. YADAROLA.

---

BIBLIOGRAFIA DE AUTORES CITADOS EN EL TEXTO

- Armengol M. F.* — “Fundamento y Crítica de la Ley de Quiebras”.
- Asquini Alberto.* — “Codice di Commercio, Codice dei Commercialisti o Codice Unico di Diritto Privato?”.
- Arcangeli Ageo.* — “La Nozione Giuridica di Commercio”.
- Bonelli Gustavo.* — “Del Fallimento”.
- Bolaffio Leone.* — “A proposito della Unificazione del Diritto delle Obligazioni”.
- Bulletin Mensuel de la Société de Legislation Comparée.*
- Cantru Camille et Ch. Maurice Bellé.* — “La propriété Commerciale”.
- Castillo Ramón S.* — “Curso de Derecho Comercial”.
- Cimbali Enrico.* — “La Nuova fase del Diritto Civile, nei rapporti Economici e Sociali”.
- Del Vecchio Jorge.* — “El concepto del Derecho”.
- Franchi L.* — “Commentario al Codice di Commercio”.
- Ferrara Francisco.* — “La simulación de los negocios jurídicos”.
- Giorgi Giorgio.* — “Teoria delle obbligazioni”.
- Goldschmidt Levin.* — “Storia Universale del Diritto Commerciale”. — Traducción Ital.
- Il Nuovo ordinamento concorsuale in Austria.*
- Jofre Tomás.* — “Manual de Procedimientos Civiles y Criminales”.
- La riforma del Codice di Commercio delineata dal Ministro Oviglio.*
- Lyon Caen et L. Renault.* — “Traité de Droit Commercial”.
- Lyon Caen et L. Renault.* — “Loi Anglaise sur la Faillite du 25 Août, 1883.”
- Mortara Ludovico.* — “Comentario al Codice delle leggi di Procedura Civile”.
- Masse M. G.* — “Le Droit Commercial dans ses Rapports avec le Droit des Gens et le Droit Civil”.

---

(152) Ripert: ob. cit., pág. 324.

(153) Vivante: Il Fallimento Civile, citado, pág. 357.

- Marghieri Alberto.* — “Nozioni e Limiti della Proprietá Commerciale”.
- Marghieri Alberto.* — “A proposito della Unificazione del Diritto delle obbligazioni”.
- Mossa Lorenzo.* — “Il Progetto Austro-Tedesco di un Codice di Commercio”.
- Mossa Lorenzo.* — “I problemi fondamentali del Diritto Commerciale”.
- Malagarriga Carlos C.* — “Código de Comercio comentado”.
- Martin y Herrera Félix.* — “La Convocación de Acreedores y la Quiebra en el Derecho Argentino”.
- Martin y Herrera Félix.* — “Naturaleza jurídica del Concordato”.
- Naón Eduardo M.* — “Ley de Bancarrotas de los Estados Unidos de América”.
- Navarrini Umberto.* — “Trattato Teorico Pratico di Diritto Commerciale”.
- Olivi Luigi.* — “Fallimento”.
- Pacchioni Giovanni.* — “Il concetto delle Obligazioni”.
- Progetto Preliminare* per il nuovo Codice di Commercio Italiano. — Relazione del Presidente Prof. Vivante.
- Pipia Umberto.* — “Trattato di Diritto Commerciale”.
- Perry Roberto.* — “El concurso civil de acreedores y la extinción de las obligaciones”.
- Ramella Agostino.* — “Trattato del Fallimento”.
- Rappaport Emil Stanislaw.* — “La Banqueroute dans la legislation Moderne Comparée”.
- Ripert George.* — “La Regle Morale dans les Obligations Civiles”.
- Rocco Alfredo.* — “Il Fallimento. Teoria ed origine Storica”.
- Rocco Alfredo.* — “Corso di Diritto Commerciale”.
- Rocco Alfredo.* — “Saggio di una Teoria Generale degli atti di Commercio”.
- Sacerdotti Vittorio.* — “La Tutela del Creditore”.
- Siburú Juan B.* — “Comentario del Código de Comercio Argentino”.
- Segovia Lisandro.* — “Explicación y Crítica del nuevo Código de Comercio Argentino”.
- Tortori Alfredo.* — “Sociología e Diritto Commerciale”.
- Vidari Ercole.* — “Contro un Codice Unico delle Obligazioni”.
- Vidari Ercole.* — “Corso di Diritto Commerciale”.
- Vivante Cesare.* — “L’Unitá del Diritto Privato”.
- Vivante Cesare.* — “L’Autonomia del Diritto Commerciale e i Progetti di Riforma”.
- Vivante Cesare.* — “Trattato di Diritto Commerciale”.
- Vivante Cesare.* — “Il Fallimento Civile”.
- Yadarola Mauricio L.* — “La reforma de la Ley de Quiebras” y “La Reivindicación en la Quiebra”.