

El verdadero concepto económico-jurídico de la cesación de pagos (**)

Raymundo L. Fernández (*)

(De la Facultad de Derecho de Buenos Aires)

Es un estado patrimonial y no un hecho
o un conjunto de hechos

1. — LA CESACIÓN DE PAGOS EN LA VIDA REAL

Siendo el derecho, ciencia social, el reflejo de la vida, antes de entrar a exponer nuestro concepto de la cesación de pagos, analicemos el cuadro real y verdadero que presenta la situación de un deudor, cuyas finanzas comienzan a resentirse y terminan en la quiebra.

Mientras el giro de los negocios se desarrolla normalmente, vende bienes en cantidad suficiente para disponer, en la fecha de los vencimientos, del dinero necesario para los pagos, aparte de quedarle una ganancia equitativa; la

(*) Del libro, en prensa, *Tratado teórico-práctico de la quiebra. FUNDAMENTOS DE LA QUIEBRA.*

(**) En un capítulo anterior, el autor estudia las distintas teorías sobre el alcance de la fórmula legal *cesación de pagos*, clasificándolas en la siguiente forma:

a) *teoría materialista*: cesación de pagos como sinónimo de incumplimiento;

b) *teoría intermedia*: cesación de pagos como estado patrimonial, pero que sólo puede exteriorizarse por incumplimientos efectivos;

declinación se insinúa con la desaparición de las ganancias, pero aún las obligaciones se atienden con los recursos normales; luego, disminuyendo éstos es necesario echar mano de las reservas y más adelante conseguir dinero recurriendo al crédito, generalmente bancario, o vendiendo y gravando inmuebles, etc., operaciones que no pueden considerarse todavía ruinosas y menos fraudulentas; vendiendo a precio menor que el corriente en plaza, para aumentar el volumen de las transacciones; acentuándose el malestar, el deudor debe recurrir a expedientes más heroicos, como por ejemplo, vender a menos del costo, conseguir dinero en condiciones onerosas y hasta usurarias, y cuando, no obstante ello, el dinero falta, obtener renovaciones de los documentos; a fin de conseguir esperas debe otorgar garantías personales o reales a los acreedores más exigentes, operaciones ruinosas o fraudulentas que evidencian, sin lugar a duda, un estado de insolvencia o imposibilidad de pagar con los recursos normales; por último, ante la gravedad de la situación, el deudor confiesa su impotencia económica, solicitando judicial o privadamente un concordato, que le permita desenvolverse, y si no cree posible la reacción, preséntase en quiebra, cuando no se fuga por considerar que ha incurrido en responsabilidades criminales, en razón de haber esperado demasiado o haber realizado ciertos hechos culpables o fraudulentos; o busca la liberación en el suicidio. Aunque hasta ese momento no haya dejado de pagar sus deudas, el estado de cesación de pagos es evidente.

c) *teoría amplia*: cesación de pagos como estado patrimonial que puede revelarse por numerosos hechos no enumerables taxativamente.

En esta última, por la cual se decide, comprende a la conocida en Italia con el nombre de *teoría de los equivalentes*.

A nuestros autores SA VIANNA y CARVALHO DE MENDONÇA, los incluye entre los partidarios de la teoría *materialista*, sosteniendo que nuestra ley de quiebras la sigue en su art. 1.º al considerar fallido al “commerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação mercantil líquida e certa”.

Como vemos, el proceso del malestar económico que termina con la quiebra, es prolongado y complejo. Si se entendiera que mientras no deje de pagar una obligación no puede haber quiebra, resultaría que no obstante todos los hechos expuestos, la falencia no sería posible en tiempo oportuno, con lo cual el instituto perdería su carácter *preventivo*, y luego, declarada, la cesación de pagos no podría fijarse en una fecha lo suficientemente anterior, como para permitir la nulidad de los actos realizados por el deudor en perjuicio de sus acreedores; el *período de sospecha* sería siempre reducidísimo y sin utilidad práctica, perdiendo así el instituto su carácter *reparativo*.

Analizando esa situación, surge sin esfuerzo, en forma clara y lógica, que si la quiebra tiene por objeto liquidar un patrimonio impotente para el cumplimiento de las obligaciones que sobre él gravitan, y en la época oportuna para que los acreedores no sufran una pérdida considerable, debe poder ella declararse cuando, sin necesidad de que existan obligaciones vencidas impagas, se revelan hechos demostrativos de que el deudor se halla en estado de cesación de pagos, como por ejemplo, cuando se presenta solicitando concordato, confiesa en circulares a sus acreedores su imposibilidad de cumplir, cierra sus almacenes, se fuga o se suicida.

En cambio, observemos la situación inversa, del deudor que no puede momentáneamente cumplir, por razones imprevistas, como la quiebra del banco en que tiene depositado su dinero o del deudor con cuyo pago contaba para, a su vez, afrontar sus compromisos; o la, muy corriente por cierto, del comerciante que se ve privado en forma transitoria del crédito bancario, por circunstancias que no le son imputables (resoluciones de carácter general del banco en que opera) o por una situación especial cualquiera (por ejemplo, el contrato social venció en esos días y no ha podido ser renovado por ausencia de uno de los socios) (1).

(1) En un caso así nos correspondió intervenir profesionalmente. Para evitar la quiebra, los deudores, comerciantes matricu-

Aún cuando alguna obligación quede impaga, es indudable que, subsanados los inconvenientes, en pocos días, el deudor, cuyo giro es perfectamente normal y equilibrado, continuará haciendo honor a su firma.

En tales condiciones, no es posible sostener que ese deudor se encuentra en cesación de pagos. Declararlo en quiebra importaría, del punto de vista humano y jurídico, una evidente injusticia, y del punto de vista económico, un grave error.

De los ejemplos expuestos, fluye el repudio de la teoría que identifica a la *cesación de pagos* con el simple *incumplimiento* de una obligación.

Lo mismo cabe decir si la falta de pago obedece a un *olvido*, siempre posible, al cual, aunque criticable no puede aplicarse como sanción una declaratoria de quiebra; y aún cuando media un *capricho* del deudor, porque la quiebra no es un castigo como se consideraba antiguamente sino un fenómeno económico, generalmente casual, y una institución jurídica cuya finalidad no es otra que atenuar en lo posible los efectos de la insolvencia.

En la primera parte de este trabajo hemos estudiado lo concerniente a la quiebra del punto de vista económico y jurídico, antecedentes históricos, derecho comparado, presupuestos, etc.; a cuyo estudio nos remitimos para no repetirnos.

2. — LA CESACIÓN DE PAGOS COMO ESTADO PATRIMONIAL

Desarrollaremos ahora nuestro concepto sobre la *cesación de pagos*, en forma doctrinaria general; más adelante nos ocuparemos de ella dentro del derecho argentino y de la economía de nuestra ley de quiebras, n.º 11.719.

lados, tuvieron que presentarse en convocatoria, en la que, por fortuna, obtuvieron un concordato. La convocatoria (que también importa grave desconcepto y cierra al comerciante el crédito, especialmente el bancario), no habría sido necesaria si nuestros magistrados profesaran un concepto amplio de la *cesación de pagos*.

Ya hemos dicho que adherimos a la *teoría amplia*, expuesta en el n.º 139.

Para nosotros, pues, económica y jurídicamente, la cesación de pagos es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan.

No es un hecho, sino un estado de hecho (2), que por ser tal abarca un período de tiempo más o menos largo; comienza generalmente con ciertos actos de significado ambiguo, cuya realización no permite por lo común afirmar, en ese momento, que realmente el deudor haya caído en insolvencia, para luego irse acentuando hasta que se revela por hechos cuya interpretación no deja ya lugar a dudas.

La cesación de pagos no es otra cosa que el estado económico de insolvencia o de quiebra, que torna indispensable el procedimiento colectivo de liquidación, en beneficio de los acreedores, de la economía general y del deudor mismo.

Este estado económico complejo, para que pueda dar lugar a una declaratoria judicial de quiebra, debe revelarse por hechos exteriores, de relativamente fácil constatación, como por ejemplo, el incumplimiento de las obligaciones (el más frecuente de todos), la confesión expresa del deudor o su confesión tácita, como la fuga, el cierre de sus oficinas o almacenes, etc. Existen otros hechos de significado menos preciso, que no podrían originar de inmediato una declaración de quiebra y que tampoco podrían servir por sí solos para fundarla más adelante, pero que una vez declarada la falencia y constatados acontecimientos posteriores, pueden revelarse como los primeros síntomas del malestar económico general y permanente del deudor y servir de base para

(2) Siendo la *cesación de pagos* un estado de mayor o menor duración en el tiempo, debe hablarse de la *fecha en que comienza* y no de la *fecha de la cesación de pagos*, que al presentar a ésta como un *hecho* ocurrido en determinada fecha, induce en error, haciéndola confundir con los *incumplimientos* (Conf.: RAMELLA, I, n.º 139, p. 237; BRAVARD-VEYRIÈRES, V, 195; WAHL, n.º 2203).

determinar la fecha inicial del estado de cesación o lo que es igual, del *período de sospecha*: pedidos de espera, renovación de documentos, otorgamiento de garantías a ciertos acreedores exigentes, contratación de empréstitos a interés elevado, enajenación de inmuebles, venta de mercaderías a precio menor del costo, devolución de las mismas al vendedor impago, pago de deudas en otra forma que en dinero, etc. (3).

3. — UNIDAD DEL ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS

Lo que decimos en el número anterior no significa que el estado de cesación de pagos que debe tenerse en cuenta para la declaración de la quiebra sea distinto al que puede servir para fijar la fecha de su comienzo. Teórica y doctrinariamente su naturaleza es la misma; no hay más que un estado de cesación de pagos, único; varían sólo en el hecho el valor de los actos del deudor como demostrativos de su insolvencia, la que puede no exteriorizarse en el momento de la realización de aquellos, sino después, comparándolos y complementándolos con los hechos posteriores, cada vez más concretos y categóricos y que terminan con el incumplimiento de las obligaciones, o la presentación en quiebra o pidiendo concordato, la fuga, etc.

No pueden ser distintos los hechos reveladores, ni el criterio judicial para apreciarlos, en uno y otro caso, pues el estado de cesación de pagos es único y general, existe o no existe respecto de todos y contra todos: *erga omnes*; por consiguiente, no se concibe que pueda existir para fijar la fecha inicial del estado de quiebra del deudor y no para declarar la falencia. Jurídica y lógicamente no puede sostenerse tal cosa.

(3) Conforme con el concepto de la cesación de pagos como estado patrimonial, que puede revelarse por infinitos hechos, cuyo alcance queda librado a la apreciación judicial, véase todos los autores partidarios de la *teoría amplia*.

Este es el criterio seguido por la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia modernas (4).

La diferencia es sólo de hecho; de orden práctico. Si el deudor pide una renovación u otorga una hipoteca a determinado acreedor o rescinde un contrato de compraventa de

(4) *Francia*: ALAUZET, VII, n.º 2407: Para este autor en ambos casos deben mediar incumplimientos efectivos; no acepta que se tome en cuenta los expedientes ficticios, ruinosos o fraudulentos, con que el deudor ha conseguido recursos para continuar en forma material los pagos, aparentando una solvencia que en realidad no existe; BRAVARD-VEYRIÈRES, I, 22 y ss.; LYON-CAEN y RE-NAULT, VII, n.º 54; id., n.º 118: “Del punto de vista de la fijación de la fecha de la cesación de pagos, ésta no debe, según nosotros, ser apreciada distintamente que cuando se trata de saber si hay lugar a la declaración de quiebra. El tribunal no podría, pues, remontar la cesación de pagos a una época en que la situación del deudor no fuera tal que su quiebra hubiera podido ser declarada si ella se hubiera pedido. La misma expresión (*cesación de pagos*) empleada por el art. 437 relativa a la declaración de quiebra y por el art. 441, cód. de comercio, concerniente a la fijación de la fecha de la cesación de pagos no puede tener dos sentidos diferentes en las dos disposiciones. Si fuera en otra forma, el legislador habría expresado bien mal su pensamiento”; PERCEROU, I, ns. 183 y ss., y 361 a 363, y en *Ann. de dr. comm.*, 1900, 322; WAHL, n.º 2203; LACOUR, y BOUTEON, II, ns. 1670 y 1698. THALLER, *Traité*, ns. 1731 y 1752, se limita a exponer las dos teorías con sus respectivos fundamentos, sin abrir opinión al respecto.

Italia: BONELLI, I, n.º 38: “La cesación de pagos es la impotencia para pagar manifestada por el comerciante con *hechos* o *actos* idóneos para generar esta convicción cuando son conocidos. A falta de hechos de esta naturaleza no hay cesación de pagos para ningún efecto y frente a ninguno. Y recíprocamente, en presencia de tales hechos hay cesación de pagos para todos los efectos y frente a todos. En suma, hay un solo estado de cesación, el cual o existe y es motivo legal (hecho generador) de quiebra, o no existe, y no puede ni siquiera calificarse retroactivamente como período de sospecha. El estado de cesación es el estado de *hecho* de la quiebra”. Agrega que durante la vigencia del cód. de com. de 1865 no existía controversia al respecto, la que nació con la sanción del cód. de 1883, en razón de que en éste se agregó el art. 705, cuya colocación alejada del 683, hace creer a algunos autores y magistrados que se

volviendo al vendedor sus mercaderías, tales hechos no podrán por sí solos fundar un pedido de quiebra; si así fuera el ejercicio del comercio sería imposible; esos hechos pueden constituir operaciones normales y obedecer a cualquier escasez momentánea de fondos o a un mejor ajuste de los ne-

refiere sólo al caso de fijación de la fecha inicial de la cesación de pagos, una vez declarada la quiebra y no es aplicable cuando se trata de declarar la falencia, id., n.º 354: “En la jurisprudencia no es fácil encontrar ejemplos de quiebras declaradas en base a hechos de esta categoría (expedientes ruinosos o fraudulentos) y se comprende: los expedientes tiene su razón de ser precisamente en la mira de ocultar el estado de cesación y ordinariamente por algún tiempo este fin se consigue; los acreedores, o no saben o no tienen medios de probarlo. Esto reduce a términos mínimos el interés práctico de la cuestión”; id., en *Foro it.*, 1898.1.731; VITA-LEVI, en *Rass. di dir. comm.*, 1883.182; CUZZERI, n.º 14; SCALAMANDRÈ, IV, n.º 8; VIDARI, VIII, ns. 7405 y 7472; ERRERA, en *Temi ven.*, 1894.600 y en *Dir. comm.*, 1898.725; BENSA, en *Dir. comm.*, 1885.65; RAMELLA, I, n.º 91; id., n.º 139: “Surge de lo expuesto que los criterios directivos de la declaración de quiebra y de la determinación de la fecha de cesación de pagos, no son diversos, en el sentido de que el hecho de la cesación de pagos cambie de naturaleza o asuma caracteres distintos en uno y otro caso; por el contrario, mantiene inalterada su índole constitutiva y quedan idénticas en ambos casos las hipótesis, y por consiguiente no puede decirse que la cesación de pagos se entienda en modo inverso según que se aprecie a los efectos de la declaración de quiebra o para establecer la existencia del periodo de sospecha. La diferencia es, en cambio, totalmente subjetiva refiriéndose al momento probatorio de la cesación de pagos, la cual, existiendo jurídicamente y revelándose con posterioridad, aunque no denunciada por el deudor, da origen al periodo de sospecha, productor de ciertos efectos legales respecto de sus actos en fraude a la ley y contra la masa de acreedores”; SACERDOTI, en *Encicl. giur.*, v.º *Fallimento*, 117 y 133; LUCIANI, n.º 138; ROCCO, 13; BENSA, en *Dir. comm.*, 1885.65; CANDIAN, en *Riv. di dir. comm.*, 1919.1.45; PIPPIA, n.º 62: “Es evidente lo absurdo e ilógico de dos nociones e interpretaciones diversas de un hecho único. Por otra parte la determinación de la fecha de la cesación de pagos se hace, aunque en modo provisorio, con la misma sentencia de declaración de quiebra: de ahí la consecuencia racional de que el concepto y la extensión de la cesación de pagos sólo pueden ser únicos para

gocios; si con posterioridad el giro del deudor continúa en forma normal, afrontando sus compromisos, no podría considerárselos como hechos reveladores de un estado de cesación de pagos que en realidad no existiría. Prácticamente los acreedores no pueden conocer los antecedentes de tales actos, y aún conociéndolos, no son ellos precisamente los que determinarán su significado, sino los que ocurran con posterioridad, al ir acentuando el malestar económico del deudor y transformando las dificultades del momento en un desequilibrio económico de carácter general y permanente. Mientras no se produzca un hecho de significación precisa, de gravedad tal como para producir la convicción de que el estado de cesación de pagos existe, la quiebra no podría ser declarada, ya que toda investigación en los negocios, libros y papeles del comerciante no es posible mientras aquélla no se decrete. Todo es también aquí cuestión de circunstancias y de apreciación judicial;

ambos efectos, el de la cesación de pagos y el de la determinación de su fecha” En nota, agrega: “Adhiriendo a tales conceptos el proyecto de nuevo código suprime el actual art. 705, considerándolo supérfluo, frente al párrafo del art. 695, según el cual: el estado de insolvencia resulta del incumplimiento o de otros hechos exteriores que prueben que el comerciante no se encuentra en grado de satisfacer sus obligaciones”; NAVARRINI, *Tratt.*, I, n.º 241. — Lucca, 19 mayo 1862, *Giur. comm.*, 1862.2.166. — Cas. Roma, 14 set. 1877, *Ann. della giur. it.*, 1877.461. — Cas. Turin, 3 feb. 1885, *La giurisp.*, 1885.138. — id., 12 mayo 1898, *Foro it.*, 1898.568. — id., 7 set. 1899, *La giurisp.*, 1899.1409. — Brescia, 16 jun. 1897, *Monit. trib.*, 1897.750. — Milán, 6 jun. 1899, *Monit. trib.* 1900.513. — Génova, 21 jun. 1897, *Foro it.*, 1897.888. — Lucca, 27 nov. 1913, *Giur. tosc.*, 1914.169. — Roma, 27 dic. 1913, *Giur. it.*, 1914.126. — Milán, 26 marzo 1915, *Temi lomb.*, 1915.529. — Nápoles, 7 jul. 1916, *Trib. giud.*, 1916.161. — Génova, 27 nov. 1917, *Dir. comm.*, 1917.74. — Catania, 12 ag. 1918, *Giur. cat.*, 1918.158. — Casale, 23 ab. 1919, *Foro it.*, 1920.27. — Trani, 4 ab. 1922, *Foro it.*, 1922.112. — Roma, 30 en. 1926, *Dir. fallim.*, 1926.1036.

Almania: PETERSEN y KLEINFELLER, 147.

una renovación o el otorgamiento de una hipoteca nada grave dicen en contra del deudor, pero una serie constante de renovaciones o la realización simultánea o posterior de otros hechos tendientes a evitar los incumplimientos y a demorar el momento de la quiebra, demostrará que aquellos hechos primeros fueron el comienzo del período de malestar y de desequilibrio económico, por lo cual pueden ser tenidos en cuenta para determinar el punto de partida del período de sospecha, cuestión tan importante por sus resultados prácticos (5).

Empero, algunos autores discrepan con el criterio expuesto, y conceptúan que los hechos que exteriorizan el estado de cesación de pagos y el criterio judicial para apreciarlo son distintos, según que se trate de declarar la quiebra o de fijar la fecha inicial de dicho estado; para el primer caso sólo podrían tomarse en cuenta hechos precisos y categóricos, como por ejemplo, los incumplimientos, la fuga del deudor, el cierre de sus almacenes u oficinas; en tanto que para el segundo, podría hacerse mérito de otros hechos también reveladores del malestar económico del deudor aunque

(5) RAMELLA, I, n.º 139, *in fine*, PERCEROU, I n.º 183 *bis*; LYON-CAEN Y RENAULT, VII, n.º 118: “. . . es necesario, sin embargo, reconocer que en el hecho, una vez declarada la quiebra, es posible darse cuenta mejor de la situación del deudor en una época dada, del carácter que podía tener tal o tal negativa de pago. ”. “Esto explica que ciertos fallos puedan aparecer como usando de una apreciación más amplia de las condiciones de la cesación de pagos, cuando se trata de fijar la fecha de ésta, tomando, por ejemplo, en consideración ciertos hechos que en sí mismos, no conociéndose su alcance exacto, podrían parecer ineficaces para hacer declarar la quiebra, como la renovación de documentos o los protestos no seguidos de ejecución. Pero no resulta en forma alguna que haya lugar a reconocer al tribunal el poder de apreciar más ampliamente los hechos cuando se trata de fijar la fecha de la cesación de pagos, que cuando debe decidir si hay cesación de pagos como para permitir declarar la quiebra”.

en forma menos precisa y cuyo alcance sólo resultará de la investigación que el síndico realice en los negocios de aquel: como por ej., las primeras renovaciones de documentos con posterioridad no pagados, el otorgamiento de garantías a determinados acreedores, las ventas a precio irrisorio, etc.; es decir, que estos últimos hechos en ningún caso podrían fundar un pedido o una declaración de quiebra (6). Sobre todo profesan este doble criterio los partidarios de las teorías *ma-*

(6) En este sentido puede verse:

Doctrina y jurisprudencia francesa: BEDARRIDE, I, n.º 62: “El tribunal puede, posteriormente a la sentencia declarativa, remontar la fecha por un auto posterior; los elementos de esta segunda sentencia *varían esencialmente* de los que exige la primera”; *id.*, n.º 63: Algunos protestos, dijimos antes, no bastarían para constatar la cesación de pagos. En el primer momento, en efecto, es difícil apreciar si los protestos obedecen a un apuro momentáneo, pasajero, más bien que a una insolvencia completa. Más tarde, sin embargo, la inspección de los libros puede conducir a una certeza sobre este punto, haciendo resaltar las causas que le han dado nacimiento”; en los números siguientes enumera muchos hechos que pueden revelar el estado de quiebra del deudor a los efectos de determinar la fecha inicial del periodo de sospecha; BOURCAT, en *S.*, 1911.1.274; BESSON, en *D.*, 1933.1.121: Este autor sigue la teoría *intermedia*, es decir, que para él no hay cesación de pagos a los efectos de declarar la quiebra, si no ha habido detención efectiva de los pagos (cierre de la caja). — París, 23 set. 1858, *Journ. trib. comm.*, 1859.57. — *id.*, 3 en. 1863, *ibid.*, 1863.422. — Ruán, 1 dic. 1879, *D.*, 1880.2.93. — Clermont, 23 nov. 1892, *Journ. faill.*, 1893.332: “Para dictar un auto declarativo, los jueces no deben, en principio, preocupar-se de los medios con ayuda de los cuales el deudor consigue mantener su crédito y deben rehusarse a pronunciar tal sentencia, en tanto que el deudor hace frente a sus compromisos, cualesquiera que sean, por otra parte, los medios a que *récurre* para satisfacerlos; no ocurre lo mismo una vez declarada la quiebra cuando sólo se trata de fijar el punto de partida del periodo de sospecha” Según LYON-CAEN Y RENAULT, n.º 118, n.º 1, “esta doctrina no debe ser aceptada y *ella no ha sido nunca aceptada por la Corte de Casación*”; v., empero, *supra*, n.º 142, n.º

terialista e intermedia (*supra*, ns. 123 y 130) a quienes se lo impone el concepto que tienen de la cesación de pagos, considerando que necesariamente debe exteriorizarse por *incumplimientos efectivos*, pues por la fuerza de las cosas tienen que admitir, cuando se trata de determinar la fecha inicial del período de sospecha, que los incumplimientos dis-

101. — Argel, 6 dic. 1899, *Le Droit* del 9 de mayo 1900 y *Ann. dr. comm.*, 1900.322.

Doctrina y jurisprudencia italianas: BOLAFFIO, I, n.º 85: “Son, pues (la declaración de quiebra y la determinación de la fecha inicial de la cesación de pagos), dos fases distintas. En la primera el juez no hace más que constatar la efectiva cesación de pagos (art. 683). No puede avanzar sus indagaciones sobre la condición económica del comerciante, el cual, si bien con un pasivo superior al activo, podría todavía apuntalarse con los recursos del crédito. Una investigación no sólo le está prohibida por la ley, que se detiene en el hecho exterior y material de la cesación de pagos, sino que podría constituir una desgracia irreparable para el comerciante, a quien trastornaría la marcha regular de los negocios. En la segunda fase, en vez, y cuando la quiebra ha sido declarada, “la vida comercial del negociante ya está expuesta a la más dolorosa publicidad; el juez ha examinado ya toda la historia de los negocios que lo arrastraron a la ruina, y en este momento puede tener en cuenta todos los expedientes ruinosos y fraudulentos que escaparon a su indagación cuando fué declarada la quiebra. Ahora, sin turbar con su intervención el secreto de la economía privada, el juez puede decirle al fallido: la ley no puede respetar una actividad comercial continuada, en fraude de los acreedores, con medios ilegítimos, mientras debía preservar sus derechos provocando la declaración de quiebra (VIVANTE, *Temi Ven.*, 1885, n.º 22); id., en *Temi bologn.*, 1901.18; CALAMANDREI, ns. 5 y s., n.º 174; VIVANTE, *La cessazione dei pagamenti*, en *Ann. di dir. comm.* 1885.206; id., en *Temi veneti*, 1885, n.º 22 (v. la cita anterior de BOLAFFIO); PAGANI, en *Dig. It.*, v.º *Fallimento*, n.º 12; COLLARIZZI, en *Giur. it.*, 1891.4.360; PARODI, I, 154; CAVO, 12 y 33; NAVARRINI, en *Dir. comm.*, 1897.533; BORSARI, n.º 1729; PAVONI, en *Dir. comm.*, 1912-1.188 y s. — Roma, 17 feb. 1882, *Giur. it.*, 1892.1.436; *La legge*, 1892.1397; *Ann. giur.*, XXVI.1.233; *Monit. trib.*, XXXIII, 443; *Temi*

frazados y otros hechos, demuestran también, ya con pleno conocimiento de la marcha que tuvieron los negocios y finanzas del deudor, la existencia de un estado de quiebra, anterior a los incumplimientos efectivos (7).

A primera vista podría parecer que la diferencia entre ambas opiniones es sólo teórica y que en la práctica los resultados son casi los mismos (8); pero no es así, porque una cosa es que existan dos criterios para apreciar los hechos reveladores de un estado económico que es único e indivisible y otra muy distinta que, por existir dificultades para comprobar los hechos reveladores y sobre todo para determinar en una época en que no son posibles las investigaciones en la hacienda del deudor, el alcance de ciertos actos del mismo, realizados en la sombra y precisamente con el fin de disimular su situación de insolvencia, en los casos concretos el juez, generalmente, sólo pueda tener en cuenta para declarar la quiebra, los hechos más ostensibles e inequívocos, ya que no podría dictar una medida de tal gravedad fundada en meras presunciones deducidas de hechos ambiguos. Esto último no impide que si el juez constata la existencia de tales hechos semi-ocultos y puede precisar su alcance, en razón de las circunstancias especiales que los rodean, pueda declarar la quiebra basándose en el estado de cesación de pagos que revelan.

El sistema que sustentamos es mucho más lógico, científico y sistemático que el contrario; precisado el concepto

rom., XII, 97; *Foro it.*, XVII.1.359. — Venecia, 22 ab. 1892, *Temi ven.*, 1892.291; *Giurista*, II, 278. — Cas. Turin, 31 mayo 1893, *La giurispr.*, 1893.681 — id., 22 mayo 1905, *ibid.*, 1905.1187. — Ap. Palermo, 28 ag. 1899, *Monit. trib.*, 1900.425. — Ap. Bolonia, 13 ab. 1900, *Temi bolog.*, 1901.18 — Cas. Florencia, 18 feb. 1915, *Foro ven.*, 1915.137. — Ap. Nápoles, 28 feb. 1915, *Dir. e giur.*, 1915.739.

(7) V. la crítica de esta doctrina en BONELLI, I, n.º 354 y RAMELLA, I, n.º 91.

(8) Así lo sostienen algunos autores: BESSON, en D., 1933. 1.121.

económico-jurídico de la cesación de pagos, no tiene que entrar en distingos como ocurre con éste.

4. — DIFERENCIA ENTRE CESACIÓN DE PAGOS E INCUMPLIMIENTO

La cesación de pagos no debe confundirse con el incumplimiento de una o varias obligaciones.

La cesación de pagos es un *estado del patrimonio*, en tanto que el incumplimiento de la obligación es un *hecho jurídico*; el incumplimiento no origina el estado de cesación de pagos, sino que, por el contrario, es éste el generador de aquél, ya que si el deudor no paga se debe a la circunstancia de encontrarse en estado de insolvencia; en este caso es un hecho revelador de tal estado, *pero no el único*, pues otros pueden exteriorizarlo con más fuerza y en forma más inequívoca.

La quiebra es una institución económico-jurídica creada como defensa contra la insolvencia y no contra el incumplimiento de las obligaciones; es un procedimiento de ejecución colectiva para asegurar la igualdad entre los acreedores y evitar en lo posible los perjuicios inherentes a la insolvencia del deudor (9); es un error sostener que todo acreedor no pagado tiene contra su deudor una doble acción: la ejecución individual con embargo y subasta de bienes, y la quiebra (10).

En tanto que el deudor no se encuentre realmente en estado de insolvencia o cesación de pagos (para nosotros, am-

(9) Conf. BONELLI, I, n.º 42; YADAROLA, en *Rev. crit. de jurisp.*, 1934.433.

(10) En este error incurre un autor de tanta autoridad como BOLAFFIO: "El acreedor contra cuyo crédito no se deducen excepciones, tiene derecho a recurrir a los medios de ejecución ordinarios para obtener lo que le es debido, o bien a ese medio de ejecución más eficaz que la ley atribuye a los créditos comerciales frente a un comerciante, esto es, a la declaración de quiebra" (I, n.º 6, p. 15).

bos términos equivalen al mismo estado económico), el acreedor insatisfecho no posee contra el mismo más que una acción individual; la falencia existe económicamente y puede declararse por la justicia solamente cuando el deudor se encuentra en aquel estado de impotencia patrimonial, en este último supuesto no sólo puede pedir la quiebra el acreedor impago sino cualquier otro que no podría invocar su situación personal para hacerlo; bastándole probar que el deudor se encuentra en estado de cesación de pagos es lo que ocurre con el acreedor cuyo crédito no es exigible, por estar sujeto a plazo o condición, o (en algunas leyes, entre otras, la argentina) aquel cuya acreencia es de naturaleza civil.

El incumplimiento de una obligación es el hecho demostrativo más típico y corriente de la impotencia patrimonial del deudor, pero de ahí no puede seguirse que *incumplimiento* y *cesación de pagos*, sean la misma cosa, que no pueda haber cesación de pagos sin incumplimientos efectivos, como lo entiende la teoría *intermedia* y que todo incumplimiento *necesariamente* importa cesación de pagos, como sostienen aquellos que restringen aún más su concepto (teoría *materialista*).

Del desarrollo precedente surge:

1.º que puede haber cesación de pagos sin incumplimiento, como cuando otros hechos demuestran en forma inequívoca la calidad de cesante del deudor: su confesión expresa (presentándose en quiebra o pidiendo convocatoria de acreedores para obtener un concordato, solicitando en forma privada a los acreedores un concordato amigable, etc.) o tácita (su fuga, cierre de sus almacenes, etc.);

2.º que puede haber incumplimientos sin cesación de pagos, como cuando no revelan un estado de impotencia patrimonial, general y permanente: incumplimientos debidos a circunstancias imprevistas rápidamente subsanables (por ej., la quiebra del banco en que el deudor tenía depositados los fondos con que iba a afrontar sus obligaciones), o a un olvido y hasta a un capricho de este.

No siendo la fórmula *cesación de pagos* sinónimo de *incumplimiento*, sino por el contrario envolviendo un concepto distinto, es un error considerar que uno o varios incumplimientos importen necesariamente cesación de pagos, o que sin ellos ésta no puede existir, o sostener que en ningún caso uno o varios incumplimientos constituyen tal estado.

Los incumplimientos sólo son un *síntoma o hecho revelador*. En la apreciación de su significado todo es cuestión de circunstancias. Una sola deuda impaga, según el caso (por obedecer a imposibilidad general y permanente de pagar, por su importancia y hasta por su pequeñez, por el género de actividades del deudor, etc.), puede constituir un indicio revelador del estado de cesación; en cambio, varios incumplimientos pueden no tener ese significado, cuando no reúnen los caracteres necesarios para evidenciar un estado de impotencia patrimonial (11).

Al referirnos a los incumplimientos como hechos reveladores del estado de cesación de pagos, indicamos las circunstancias que deben rodearlos para que tengan esa eficacia, y cuando carecen de ella (obligaciones civiles o litigiosas, olvido o mala voluntad del deudor, etc.).

5. — DIFERENCIA ENTRE CESACIÓN DE PAGOS Y DESEQUILIBRIO ARITMÉTICO ENTRE EL ACTIVO Y EL PASSIVO

Tampoco debe confundirse el *estado de cesación de pagos* (imposibilidad de pagar las deudas a su vencimiento) con la insuficiencia del activo para cubrir al pasivo o *desequilibrio aritmético* entre uno y otro; son dos estados económicos distintos, el último de los cuales es completamente se-

(11) Como enseña BONELLI, I, n.º 43, n.º 1, en este caso “el *basta* es inexacto como el *no basta*; debe decirse: *puede bastar*”

cundario cuando se trata de apreciar la solvencia del comerciante y determinar si se encuentra o no en estado de quiebra.

Habiendo tratado *in extenso* este punto en los ns. 92 y siguientes, a ellos nos remitimos.

BIBLIOGRAFIA DE LAS OBRAS CITADAS

- ALAUZET, I., *Commentaire du code de commerce*, 3.^a ed., París, 1879.
- BEDARRIDE, J., *Traité des faillites et banqueroutes*, 5.^a ed., París, 1874.
- BOLAFFIO, L. y MASÈ-DARI, E., *Del fallimento*, Turín, 1892/95.
- BONELLI, G., *Del fallimento*, 2.^a ed., Milán, 1923.
- BORSARI, *Il codice di commercio italiano commentato*.
- BRAVARD-VEYRIÈRES, M., *Traité de droit commercial*, anotado por CH. DEMANGEAT, 2.^a ed., París, 1888/92.
- CALAMANDREI, *Il fallimento*, 2.^a ed., Florencia, 1893/4.
- CUZZERI, E. y CICU, A., *Del fallimento*, 5.^a ed., Turín, 1927.
- LACOUR y BOUTERON, *Précis de droit commercial*, 2.^a ed., París, 1921.
- LUCIANI, V., *Trattato sul fallimento*, Roma, 1898, t. I, único publicado.
- LYON-CAEN, CH. y RENAULT, L., *Traité de droit commercial*. 5.^a ed., ts. VII y VIII, París, 1935/6.
- NAVARRINI, U., *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1934.
- PARODI, *Lezioni di diritto commerciale*, Genova, 1854.
- PERCEROU, J., *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2.^a ed., París, 1935/7.
- PETERSEN y KLEINFELLER, *Konkursordnung fürs Deutsche Reich*, 4.^a ed., 1900.
- PIPIA, U., *Del fallimento*, Turín, 1932.
- RAMELLA, A., *Trattato del fallimento*, 2.^a ed., Milán, 1915.
- THALLER, E., *Traité élémentaire de droit commercial*, 8.^a ed., París, 1931.
- VIDARI, E., *Corso di diritto commerciale*, 5.^a ed., Milán.
- WAHL, A., *Précis théorique et pratique de droit commercial*, París, 1922.