

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

36. Apertura heurística: Mucho más se podría descubrir si se investigaran los principios que rigen el procedimiento administrativo, procurando cotejarlos con los notariales e inclusive desarrollando las ideas que surgen del propio campo: Derecho Público y Derecho Privado. Por último, entiendo que es menester estudiar casuísticamente los hechos sobre los cuales recae la competencia administrativa y la competencia notarial.

BIBLIOGRAFÍA

- Cassagne, Juan Carlos, "La invalidez del acto administrativo", L.L., 165.
- "Sobre la condición de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas y su valor probatorio", E.D., 63.
Comadira, Julio Rodolfo, "Modos anormales de terminación del procedimiento administrativo", J.A., N° 4966 (3/11/76).
Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, t. II, 2º edic. Plus Ultra, Bs. Aires, 1976.
Dromi, José Roberto, "Nulidades administrativas. Régimen jurídico y diferencias con las nulidades", LL., 157.
Fiorini, Bartolomé, Derecho Administrativo (2ª edic. actual), t. I, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1976.
- "La voluntad de los agentes en los actos administrativos", L.L., 154.
- "Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional", LL., 146.
- "Los agentes públicos no son escribanos", L.L., 156.
Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, t. 3. El acto administrativo, Edic. Macchi, Buenos Aires, 1979. Procedimientos y recursos administrativos, 2ª edic., Edic. Macchi, Bs. Aires, 1971.
Heredia, Horacio, "Los elementos del acto administrativo", L.L., 164.

**QUIEBRAS. CONCEPTO. NATURALEZA. CESACIÓN DE PAGOS.
APERTURA(*) (69)**

CELESTINO R. ARAYA(**) (70)

Frente al incumplimiento de una obligación, el acreedor promueve la ejecución singular que tiende a proteger su interés particular y recae sobre determinados bienes del deudor que el demandante elegirá como objeto de su acción.

Pero, a veces, los bienes del presunto deudor resultan insuficientes o el número de los acreedores es tal que no es posible la satisfacción de todos sus créditos.

En la hipótesis, cobrarán sólo los más diligentes o los intolerantes, pues la situación patrimonial carece de aptitud para dar cumplimiento a todas las obligaciones.

Se ha alterado un equilibrio y el patrimonio ha mudado su carácter de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

solvente.

Ha llegado el momento de la ejecución colectiva, que tiene este carácter cuando es universal, es decir, cuando atiende a la totalidad de los acreedores y de los bienes del deudor. Desde el punto de vista subjetivo, tiende a la realización del derecho de todos los acreedores del insolvente, ninguno excluido o exceptuado, aunque los créditos sean ilíquidos o condicionales, o no vencidos, o contenciosos, y los acreedores, ausentes o ignorados. Desde el punto de vista objetivo, presupone la aprehensión y transformación de la totalidad de los bienes del insolvente, sin que se excluya ninguno: incluso los no inventariados, o desconocidos, o aún no realizados, o realizables, o los salidos del patrimonio (bienes pasados), e incluso los aún no existentes (bienes futuros). Este carácter totalitario de la ejecución, objetivo y subjetivo, está en función uno del otro. Se liquida el patrimonio en integridad, porque se trata de dar satisfacción a todos los acreedores y recíprocamente(1)(71).

El concurso trata fundamentalmente de poner término a la situación de insolvencia, pues esta situación es la que el ordenamiento jurídico no puede tolerar sin reaccionar, porque el estado de insolvencia es un agravio y un peligro para el crédito, una perturbadora lesión para la economía general.

Por eso puede decirse que el fin único y último de las normas del derecho concursal es "la intervención contra la insolvencia del empresario mercantil"(2)(72).

Por ello, si bien pudo escribir en su momento González Huebra "el procedimiento en una quiebra se encamina principalmente al pago de los acreedores", posteriormente resultó válido que García Valdecasas expresara que en la quiebra no se trata "tanto de liquidar la empresa insolvente - esto puede ocurrir por añadidura - como de poner término a la situación de insolvencia(3)(73).

A la insolvencia del deudor se agregan otras circunstancias que imponen un procedimiento concursal colectivo o general en beneficio de todos los acreedores, para poder así resolver los graves conflictos de intereses que de ella derivan. Estas circunstancias fundamentales son las siguientes: a) la imposibilidad y la inconveniencia de hacer esperar a ciertos acreedores para agredir el patrimonio del deudor hasta que dispongan de un título ejecutivo, puesto que, mientras tanto, pueden desaparecer los bienes del deudor, ejecutados en favor de otros acreedores; b) la conveniencia procesal de unificar en un solo procedimiento el gran número de acciones ejecutivas individuales de los acreedores; c) la necesidad de someter a publicidad la situación de insolvencia del deudor, para que llegue a conocimiento de los terceros, acreedores o no, que puedan ser afectados por ella; d) la conveniencia de inhabilitar al deudor para que no disponga de su patrimonio en perjuicio de sus acreedores y para que no contraiga nuevas deudas. Todas estas circunstancias, en comunión con la insolvencia y a raíz de ella, aconsejan someterlo a un procedimiento especial distinto del de las ejecuciones individuales aisladas, ya que éstas, por sí solas, no pueden satisfacer las exigencias anteriormente expuestas.

Pero el sometimiento a la ejecución concursal deviene más necesario

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuando el deudor es un empresario mercantil, pues éste usa, disfruta y aun abusa del crédito, el que exige una protección rápida y segura en defensa de la economía y del ejercicio de las actividades comerciales e industriales(4)(74).

La ejecución colectiva se actúa mediante los procedimientos concursales, que son fórmulas por las que el patrimonio entero del deudor queda sujeto a la ejecución para la satisfacción, en igualdad de condiciones, de la totalidad de los acreedores; por esto es su característica considerar al patrimonio como un todo, porque únicamente como objeto de ejecución cumplimenta la exigencia de una liquidación integral, mejor aún, universal, con amplia intervención de los órganos concursales(5)(75).

Esta sistematización, constituida por órganos judiciales y de gestión, configura la más aparente manifestación de la pública injerencia en la ejecución colectiva. Tanto, que se habla de administración pública de derechos privados, reconociéndose una intervención del Estado en el ejercicio de la tutela del crédito y de la economía nacional, y también de funciones administrativas delegadas a la autoridad judicial para la tutela de los intereses privados conexos con los generales(6)(76).

En la base de la ejecución forzosa, tanto singular como colectiva, existe un doble interés: uno de naturaleza privada, identificado con la finalidad que el acreedor persigue en el proceso, que es la de hacer efectivo mediante éste el propio derecho; otro, de naturaleza pública, remover el acto ilegítimo mediante la realización del derecho. Este interés publicístico que se halla en todo proceso varía de grado y de intensidad, según sea su naturaleza. Si en la ejecución singular puede parecer meramente secundario, en la ejecución colectiva supera de tal modo el interés privado que fija las características primarias de la institución, las que no podrían tener otra justificación como no fuese la del interés público que las determina(7)(77).

Esta diversa eficiencia del interés público respecto al privado está en función del hecho ilegítimo que da lugar a la apertura de la ejecución forzosa, que en la ejecución singular consiste en un simple incumplimiento; mientras que en la ejecución colectiva está constituido, ya lo dijimos, por la insolvencia: la que no es solamente un incumplimiento, ni una serie de incumplimientos, sino un estado del patrimonio capaz de quitar objetivamente la capacidad de cumplimiento. El interés público, que imprime así peculiar naturaleza a los procedimientos concursales, está en función de la defensa de la economía general frente al fenómeno morboso de la insolvencia; ello hasta tal punto que justifica se diga que en ningún otro como en el proceso de ejecución colectiva el interés público es de carácter primario respecto a los intereses privados(8)(78).

Se ha discutido la naturaleza del derecho concursal. Para Vicente y Gella, "la quiebra es una situación de orden procesal". Garríguez habla del "carácter predominantemente procesal de la institución". El profesor Guasp, por constituir la quiebra un proceso, niega resueltamente su pertenencia o adscripción al derecho material o sustantivo, tanto privado (Derecho Mercantil) como público. Para Ramírez, la quiebra en el derecho positivo español es una institución bifrontal, puesto que mira por un lado al llamado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho material o sustantivo y, por otro, al derecho procesal.

Para Provinciali, las normas del derecho concursal son, de manera prevalente, de naturaleza procesal, es decir, normas de carácter instrumental que regulan los procedimientos concursales; pero hay también normas de derecho sustanciales, por ejemplo, sobre efectos determinados por la apertura de un procedimiento concursal que actúan en relación al patrimonio del deudor y a los derechos de todos los acreedores(9)(79).

No cabe duda de que la quiebra es institución predominantemente procesal; por ello no debe hacernos olvidar que su ordenación o régimen sustantivo pertenece al Derecho Mercantil y está contenida en el Código de Comercio. Significa que las instituciones concursales son predominantemente procesales, porque es esencial la intervención de un órgano jurisdiccional y porque constituyen un procedimiento con partes que actúan como tales, para obtener satisfacción forzosa o para asegurar el cumplimiento de sus derechos. Pero en ellas existe un aspecto jurídico, privado, de gran interés, caracterizado por el hecho de que su declaración constituye al deudor en una situación jurídica determinada, le genera efectos personales y patrimoniales de enorme trascendencia, los cuales incluso afectan a sus obligaciones y a sus acreedores. El régimen y el estudio de este aspecto jurídico sustantivo corresponden inequívocamente al derecho mercantil(10)(80).

Para algún sector de la doctrina, el derecho concursal es autónomo, es decir, constituye una rama o disciplina jurídica separada y distinta de las restantes.

No compartimos el criterio. Para que el derecho concursal fuera autónomo, sería necesario que lo gobernaran principios propios y exclusivos, que constituyeran normas jurídicas particulares y regularan relaciones jurídicas igualmente particulares. No se dan estas circunstancias en el derecho concursal.

El derecho concursal es un derecho especial, como lo es también, por ejemplo, el derecho cambiario.

Tal particularidad, sin embargo, no supone que sus normas sean especiales en orden al derecho mercantil, sólo quiero decir que participan de la naturaleza especial que caracteriza a este derecho, frente al derecho común. Lo expresado tiene significación en punto a establecer las reglas de la interpretación.

Ahora bien, las normas del derecho concursal, consecuencia de su carácter publicístico, son de carácter forzoso; ni el juez ni las partes las pueden dejar sin efecto, aunque estén todos de acuerdo.

Nuestra ley, en su artículo 1º, habla de cesación de pagos, y refiere que, cualquiera que fuere su causa y la naturaleza de las obligaciones, es presupuesto para la apertura de los concursos.

Esto nos obliga a preguntar: ¿es lo mismo insolvencia que cesación de pagos?, ¿son equivalentes estos términos?, ¿demostrativos de una misma situación económica?, o ¿refieren posiciones distintas?

Muchos autores emplean el término insolvencia en el sentido de desequilibrio aritmético entre el activo y el pasivo; y como concepto distinto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y contrapuesto a cesación de pagos o imposibilidad de pagar puntualmente. Por ejemplo, Bunge Guerrico dice: "La cesación de pagos no debe confundirse con la insolvencia". Matienzo expresa: "La cesación de pagos no es la insolvencia propiamente dicha". Para Naón, "no debe confundirse la quiebra con la insolvencia". Obarrio opina "que la quiebra no es la insolvencia".

Orione sigue textualmente a Obarrio y Lyon Caen y Renault. García Martínez piensa que "la cesación de pagos no siempre concuerda con la insolvencia". Para Ruiz Guiñazú, "el hecho exterior de la cesación de pagos, fácil de comprobar, es suficiente para la declaración de quiebra, sin inquirir para nada la solvencia del deudor".

En España se dice que la quiebra no es la mera insolvencia. En Francia, para Thaller, "no debe confundirse la cesación de pagos con la insolvencia. La insolvencia, dice, es el hecho de tener un pasivo superior a su activo. La cesación de pagos es el hecho de no pagar sus deudas exigibles", termina(11)(81).

Como expresa Fernández, todo esto es un error. Tanto etimológica y literalmente, como en el tecnicismo económico jurídico, insolvencia significa imposibilidad de pagar(12)(82).

El sentido jurídico de la expresión insolvencia traduce siempre la ineptitud del deudor para afrontar las obligaciones a su vencimiento.

El activo superior al pasivo es sólo un índice para interpretar diversos hechos que acreditan la expresada impotencia.

El desequilibrio aritmético puede darse, pero es imprecisa la determinación de su inferencia.

Para apreciar la aptitud patrimonial, debe computarse, además del monto del activo, el crédito con el que cuenta el deudor, y, muy particularmente, advertir que los valores de realización pueden diferir de las estimaciones cumplidas, de modo tal que el significado cuantitativo de aquél sólo se reflejará en oportunidad de la liquidación de los bienes.

Concluimos que en el tecnicismo económico y jurídico los términos cesación de pagos e insolvencia no califican situaciones distintas, sino que expresan un mismo estado la impotencia económica del deudor para hacer frente puntualmente a sus obligaciones(13)(83).

Yadarola confirma lo expresado, ya que dice: "El concepto de insolvencia es análogo al de cesación de pagos; es que en realidad la cesación de pagos no es sino el término con que la doctrina jurídica designó la insolvencia del comerciante"(14)(84).

De igual modo, dice Rocco: "La insolvencia del comerciante tiene también un nombre especialmente alusivo a este su carácter especial y se llama cesación de pagos".

Bonelli señala: "La insolvencia comercial a la cual vemos se ha dado el nombre de cesación de pagos".

Significa, entonces, y como consecuencia, que insolvencia es sinónimo de cesación de pagos y de imposibilidad de pagar actualmente las deudas exigibles. Al desequilibrio aritmético entre el activo y el pasivo lo llamaremos insolvibilidad, del italiano insolvibilità(15)(85).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La cesación de pagos, por último, concreta la quiebra económica y determina la declaración judicial.

La expresión cesación de pagos es de origen francés. Entre nosotros, el empleo del término cesación de pagos es tradicional. Los Códigos de Comercio de 1862 y 1889, la ley de 1902 y la 11710 de 1933 lo adoptaron. Lo mismo cabe decir de la ley vigente con el agregado de la mejor precisión.

Pero, ¿qué quiere decir cesación de pagos?, ¿qué quiere significar con esta fórmula, que constituye el presupuesto de los concursos?

La doctrina universal le ha prestado especial atención y no ha dejado de hesitar a su respecto.

Un destacado comercialista que colaboró en la redacción de la ley francesa de 1838, Renouard, sostuvo que se trata de un enunciado diáfano. "Hay expresiones, dijo, tan claras por sí mismas que las definiciones no hacen más que oscurecerlas. La cesación de pagos pertenece a este número"(16)(86).

Diversas teorías se han concretado en interpretación de la fórmula legal de cesación de pagos.

La primera de ellas afirma que la cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento. La cesación de pagos importa la interrupción efectiva de los pagos. Toma la fórmula legal en un sentido literal y material. Estima que cesación de pagos es cesar en los pagos.

El incumplimiento importa cesación en los pagos y hace procedente la quiebra del deudor. No hay cesación, se concluye, sin incumplimientos efectivos, y todo incumplimiento es una cesación.

No debe tenerse en cuenta el estado patrimonial del deudor, ni el desequilibrio económico entre los bienes realizables y las obligaciones por cumplir, es decir, la imposibilidad de pagar.

Exagerando el principio de que en el comercio lo que importa es el cumplimiento estricto de las obligaciones, afirma que no interesa la situación económica del deudor y que sólo debe computarse el hecho exterior: la interrupción material y efectiva de los pagos. ¿El deudor no paga?, eso es lo único que importa, y debe declarársele en quiebra; al contrario, ¿paga?, entonces no es procedente su falencia, sin detenerse a analizar los medios de que se valga para poder atender los vencimientos(17)(87).

Esta teoría desconoce: a) el origen histórico de la institución, que no ha constituido nunca una vía de ejecución contra el deudor que no paga una deuda a su vencimiento, sino una defensa contra la insolvencia; b) desconoce el fundamento económico - jurídico del proceso colectivo, que no es el de determinar la liquidación de un patrimonio por el solo hecho de la falta de pago de una obligación - hecho éste en el que puede caer cualquier persona por importantes que sean sus recursos -, sino el de liquidar un patrimonio que se revela impotente para afrontar en forma regular y normal las obligaciones que lo gravan. La quiebra no se ha instituido para los supuestos de incumplimiento, sino para los de insolvencia. La quiebra es un remedio contra los efectos negativos de la insolvencia y no una sanción

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

contra la falta de pago(18)(88).

La quiebra persigue la solución más conveniente para todos (deudor, acreedores, economía general) del estado de impotencia patrimonial del deudor, variando la concepción antigua, que exhibía a las leyes de quiebras como un haz de normas represivas(19)(89).

No ha de pensarse que la cesación de pagos es algo más o algo menos que el incumplimiento o que una serie de incumplimientos; es una cosa distinta. Los incumplimientos son hechos, y la cesación de pagos es un estado patrimonial.

El incumplimiento no constituye el estado de cesación de pagos, sino que es su consecuencia, desde que puede haber cesación de pagos sin incumplimientos e incumplimientos que no configuran la cesación(20)(90).

Desde luego que a veces el incumplimiento singular puede ser bastante para fundamentar el concurso, pero para ello es necesario que revele que el deudor se encuentra en la imposibilidad de atender a sus obligaciones por falta de recursos y que esta interrupción no es accidental o pasajera, sino constitutiva de una futura serie de incumplimientos(21)(91).

La conocida como teoría intermedia expresa un concepto más amplio de la cesación de pagos, ya que la señala como un estado patrimonial de impotencia para atender las obligaciones a su vencimiento; la cesación de pagos no es la interrupción material de éstos, el o los incumplimientos, sino un estado del patrimonio que se revela por los incumplimientos efectivos, pero sólo por ellos. Mientras los pagos se atiendan, no puede hablarse de quiebra, cualesquiera que sean los recursos a que el deudor ocurra para continuarlos materialmente(22)(92).

En concreto, mientras el deudor afronte sus obligaciones no puede ser declarado en quiebra, sin que se investiguen los medios de que se valga para cumplir. Si deja de hacerlo, el juez debe apreciar si las negativas constituyen o no una expresión reveladora del estado de cesación de pagos(23)(93).

Se funda la teoría en que el mejor medio para constatar si efectivamente hay cesación de pagos es apreciar su exteriorización a nivel de hechos visibles e inequívocos, como son los incumplimientos(24)(94).

A esta teoría se le puede objetar que si se admite que la cesación de pagos es un estado patrimonial, ha de convenirse que se puede exteriorizar por hechos distintos de los incumplimientos, que, a veces, suelen ser más efectivos que éstos, como por ejemplo, la confesión del deudor, expresa, al presentarse en quiebra o solicitar concurso preventivo, o tácita, al fugarse, cerrar sus oficinas, etc. El incumplimiento o los incumplimientos son indicios indirectos, en tanto la confesión, expresa o implícita, constituye una prueba directa del estado de insolvencia. En la práctica, esta teoría puede llevar a perjuicio para los acreedores y para el comercio en general. Si se considera que no hay cesación de pagos sin incumplimientos, el juez, al fijar la fecha de inicio del período de sospecha, lo hace coincidir con la del primer incumplimiento, con lo que el expresado período puede reducirse a un brevísimo lapso anterior a la declaración de quiebra, ya que inmediatamente de operar el primer incumplimiento el acreedor peticiona la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

falencia(25)(95).

Pero es que antes de producirse el incumplimiento ha operado ya un período de decadencia económica. Falto de recursos, el deudor trata de cubrir recurriendo al crédito, al descuento de documentos a intereses elevados, vende inmuebles o mercaderías a precio inferior al corriente, y hasta más bajos que el costo, detiene a los acreedores que apremian, dándoles garantías reales, y echa mano a expedientes lícitos o ilícitos, ruinosos o fraudulentos, para demorar el momento en que fatalmente incurrirá en incumplimientos(26)(96).

Si el juez fija como fecha de la cesación de pagos la del incumplimiento, todos aquéllos quedan fuera del período de sospecha y huyen de las ineficacias establecidas por la ley. Quienes deseen atacarlas deberán recurrir a la acción pauliana de dificultades mayores y de resultados problemáticos. Normalmente no se inicia la acción pauliana; y en tal virtud los actos fraudulentos quedan impunes, los bienes que se fugaron del patrimonio no se reintegran y el porcentaje para los acreedores puede resultar irrisorio, con el descrédito que sufrirá el instituto de la quiebra(27)(97).

Si la fecha inicial del período de sospecha, en cambio, se establece en relación con aquellos actos ficticios, ruinosos o fraudulentos, la ineficacia de ellos será en algunos supuestos automática y en otros, de sencilla obtención(28)(98).

Para la teoría amplia, la cesación de pagos es el estado de un patrimonio impotente para afrontar las obligaciones que lo gravan. No es la cesación de pagos el incumplimiento de una obligación, ni tampoco una serie de incumplimientos. La cesación de pagos es anterior al incumplimiento, ya que el deudor no cumple porque su estado económico se lo impide. En una palabra, el incumplimiento está generado por el fenómeno económico de la cesación de pagos(29)(99).

El estado patrimonial de impotencia se exterioriza por hechos, entre los que aparece el incumplimiento, y también los demás actos del deudor que evidencian su imposibilidad de pagar(30)(100).

Esta teoría es más evolucionada que las anteriores, pues computa el fundamento económico - jurídico de la quiebra como defensa contra la insolvencia. Su carácter preventivo y reparativo, más que represivo, al permitir la apertura del procedimiento colectivo antes que la situación del deudor esté totalmente desequilibrada, facilita y permite aplicar el régimen que evite las maniobras fraudulentas del deudor con algunos acreedores, que dañan a los demás acreedores, disminuyen notoriamente el pasivo y alteran el principio de igualdad, que es fundamental en el procedimiento de la quiebra(31)(101).

La cesación de pagos no es un hecho, ni un conjunto de hechos, es un estado del patrimonio, y en tal virtud presenta un carácter de generalidad, se refiere a la completa situación económica del deudor; éste es incapaz de afrontar las deudas de modo general y potencial; significa que no sólo no puede pagar las ya vencidas, sino también las a vencer(32)(102).

Otro carácter de la cesación de pagos es la permanencia. El deudor, por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

razones económicas, está imposibilitado de afrontar sus deberes de un modo general, no circunstancial; se trata de una ineptitud derivada de la falta de recursos normales que no le permite cumplir las obligaciones asumidas. Si sólo fuera una pasajera escasez de fondos, que pudiera superarse de forma relativamente inmediata, no se concretaría el estado de cesación de pagos. No es ocioso señalar que cualquier deudor, por significativa que fuere su situación económica, puede, en determinado momento, carecer de los recursos que le posibiliten atender sus vencimientos(33)(103).

No hay pruebas legales para acreditar la existencia del estado de cesación de pagos. Como dice Massé, todo es aquí cuestión de circunstancias(34)(104).

El juez, cuyo poder de apreciación es amplísimo, casi discrecional, en presencia de determinados hechos: incumplimiento, fuga, cierre del negocio, etc., resolverá en cada caso particular si debe o no considerarse al deudor en cesación de pagos(35)(105).

La declaración de quiebra supone una investigación previa destinada a determinar la existencia de sus presupuestos. Si ella hubiere sido peticionada por un acreedor, éste debe probar tanto su crédito como los hechos reveladores de la cesación de pagos y que el deudor está comprendido en el artículo 2º.

El carácter oficioso del procedimiento y el interés general que está siempre vigente, aunque sea el acreedor quien proponga la instancia, determinan que la prueba puede ser completada por una investigación del Tribunal(36)(106).

La quiebra no es un proceso común; y de allí que su carga tome también en ella un rumbo diverso. Indudablemente, el acreedor debe demostrar la insolvencia, pero como denuncia la existencia del presupuesto para la tutela colectiva de los acreedores y persigue una resolución que excede de la protección particular de su derecho, es lógico que el Tribunal asuma amplia posibilidad de investigación. El poder del juez no se rige por la carga de la prueba, sino que asume un carácter inquisitorio(37)(107).

Este criterio aparece consagrado en la ley vigente, a nivel del artículo 90, segunda parte, que resulta complemento necesario de la adopción de la teoría amplia.

La exposición de motivos lo refiere explícitamente, al decir: "De esa forma la dirección del proceso y la disposición de las medidas sumarias que se estimen pertinentes para su rápida dilucidación corresponden exclusivamente al juez... se ha considerado, enfatiza, que no admitiéndose la quiebra de oficio, se quiere la petición sólo para abrir la instancia". Es criterio de la Comisión acordar al juez una amplia facultad de apreciación respecto de la existencia del presupuesto de la cesación de pagos, incluso ordenando las medidas que estime necesarias para ello.

En referencia a la cesación de pagos, podemos decir que el Código de Comercio de 1862 aceptaba la doctrina materialista, es decir, un incumplimiento es sinónimo de cesación de pagos. Sus comentaristas, José María Moreno y Ernesto Quesada, señalan el criterio materialista de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ley, y el último lo sostiene doctrinariamente(38)(108).

Con respecto al Código de 1889, Segovia "entiende que según el texto legal un incumplimiento aislado constituye el estado de quiebra, o, en otros términos, que todo incumplimiento importa cesación de pagos (doctrina materialista)(39)(109).

Obarrio dice: "Un comerciante puede tener bienes bastantes para hacer frente a sus compromisos y encontrarse, sin embargo, en la imposibilidad de verificar puntualmente sus pagos, por accidentes imprevistos o por circunstancias independientes de su voluntad. El estado de quiebra existe en tal caso, cualquiera que sea la importancia de los bienes que constituyen el capital del deudor. Cita luego a Lyon Caen y Renault, en cuanto al distingo entre el déficit del activo con relación al pasivo y la cesación de pagos, y hace suyas sus palabras cuando dicen: "La ley atiende a un hecho exterior cuya constatación es posible y no al estado real de la fortuna del comerciante", y "el hecho de que un comerciante no paga basta para motivar la intervención de la justicia"; y también agrega: "la ley se limita a apreciar un hecho visible, real, evidente, y a señalar en consecuencia la posición jurídica de quien lo ha producido: ese hecho es la falta de cumplimiento a sus obligaciones comerciales, la cesación de pagos. Pero para que la cesación de pagos dé causa al procedimiento de quiebra, no es necesario que sea general. Basta que un comerciante deje de hacer frente a alguna o algunas de sus obligaciones para que exista el estado de falencia"(40)(110).

La ley de 1902 no contiene disposición por la que precise el estado de quiebra o cesación de pagos.

El artículo 52 expresa: "bastará para autorizar este pedido un protesto ante dependientes o ante la municipalidad".

Esta disposición no importaba adoptar la teoría materialista, ya que ella no indicaba que el protesto fuera bastante para probar la cesación, sino sólo para hacer pertinente el pedido, quedando siempre al juez la facultad de determinar si existía o no tal cesación.

Además, la ley recibe la quiebra en casos de fuga y de ocultación, y por el artículo 44 establece como fecha de cesación de pagos "el día de la primera presentación del deudor (pidiendo convocatoria), cuando la cesación efectiva hubiera sido posterior".

Ruiz Guñazú(41)(111), Armengol(42)(112)y Bunge Guerrico(43)(113)consideran, según entiendo, que la ley comparte la teoría materialista.

Malagarriga(44)(114), en mérito a la disposición del art. 52, que autoriza, repito, el pedido de quiebra con un solo protesto ante dependientes o ante la Municipalidad, estima que la ley adhiere a la teoría materialista.

Martín y Herrera(45)(115)no participa de igual criterio, desde que señala que un solo incumplimiento puede no ser suficiente para que se abra la quiebra; no obstante lo cual, considera que la cesación de pagos es un hecho propio de la persona deudora y no una situación del patrimonio.

Se llega a la sanción, en 1933, de la ley 11719, que se distancia, en el punto que nos ocupa, de la ley de 1902 y regresa a la técnica de los Códigos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1862 y 1889.

La redacción de la ley no es suficientemente clara y parece dar distintos sentidos a la expresión cesación de pagos, ya el de constitutiva del estado de quiebra, ya el de interrupción material en los pagos.

Dictada la ley, uno de los legisladores que integró la comisión parlamentaria autora del proyecto, el diputado Pressacco, dio una conferencia que tendía a señalar el alcance de las reformas.

Al precisar el concepto de la cesación de pagos, dice que la ley sigue el criterio materialista de Obarrio, afirmando: "Basta que no se satisfaga una obligación para que los procedimientos de la quiebra queden expeditos". "No se nos presenta a nosotros, señala, el problema que han tenido que dilucidar la doctrina y la práctica judicial italianas, respecto de la generalidad de la cesación de pagos. El art. 1° lo resuelve en el sentido de la singularidad, es decir, basta que no se satisfaga una obligación..."(46)(116).

Carranza(47)(117)afirma el concepto materialista de la cesación de pagos. Dice al respecto: "Es suficiente, sin embargo, que el deudor cese en un solo pago de obligación comercial para que pueda ser constituido en estado de quiebra". Estima que cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento.

García Martínez(48)(118), no obstante manifestar que la cesación de pagos es un hecho difícil de precisar de modo uniforme y que es prudente dejar librado al arbitrio judicial las circunstancias por las que se manifiesta, malgrado adherir a la refutación del doctor Castillo a la objeción que con respecto al artículo 11 afirmó el senador Laurencena, no obstante, repito, de otras expresiones podría deducirse que también sigue la teoría materialista. Orione(49)(119)sostiene la teoría materialista y, si se quiere, la excede, pues entiende que la cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento y que un solo incumplimiento importa cesación, llegando hasta expresar que la falta de pago entraña la quiebra, aun cuando el deudor oponga excepciones fundadas y serias a las pretensiones del acreedor.

Pozzo(50)(120)también puede ser incluido entre los partidarios de la teoría materialista, ya que de algunas expresiones suyas podríamos concluir su conformidad con la teoría intermedia.

La teoría materialista, que se propició desde la cátedra y fue aceptada por los tribunales, alcanza especial difusión al amparo, entre otras razones, de la simplicidad del concepto.

La reacción comienza en 1934, en un artículo de la Revista Crítica de Jurisprudencia. Yadarola, profesor de la Facultad de Derecho de Córdoba, sostiene en forma clara, precisa y científica la teoría amplia, y entiende que tal concepto doctrinario de la cesación de pagos es el que sigue la ley 11719, y que asimilarla al simple incumplimiento "es un error que debe ser combatido"(51)(121).

Luego, Raymundo L. Fernández, con su Tratado teórico práctico de la quiebra. Fundamentos de la quiebra, demuestra en forma cabal, continuando el criterio de Yadarola, que complementa, que la ley 11719 sigue la teoría amplia respecto de la cesación de pagos y del régimen de la acción revocatoria.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley 19551, vigente, continúa el cauce de la precedente y se enrola también en la expresada teoría amplia, que se deduce de concretas disposiciones que no dejan duda alguna al respecto.

He transitado conceptos, reconozco muy conocidos y elementales, pero ha sido en el deseo de insistir, una vez más, que, atentas la sustancial diferencia que existe entre incumplimiento o incumplimientos y cesación de pagos, y la claridad de la ley vigente, no es admisible decretar la quiebra sólo ante la prueba de aquéllos; pues cesar en uno o más pagos no es estar en cesación de pagos.

No obstante coincidir todos en la vigencia plena de la teoría amplia, hay comportamientos que se aceptan y suponen la aplicación de la materialista.

Debe justificarse, y esto es lo sustancial, que dichos incumplimientos provienen o son consecuencia de la cesación de pagos, y sólo acreditado tal extremo podrá abrirse el concurso.

En tal prueba, repito, tiene obligatoriamente especial participación el juez, que podrá, de oficio, disponer las medidas sumarias pertinentes que permitan apreciar el verdadero carácter del incumplimiento: si es sólo interrupción material de un pago, o si es demostrativo de una situación patrimonial, general y permanente, de imposibilidad de pagar. En este último caso, sólo es procedente el concurso, que necesita, repito, y termino, el ámbito propio de la insolvencia, ya que es una respuesta a ella.

**ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES EN EL ESTADO DE
INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA PRODUCIDA POR DISOLUCIÓN DE LA
SOCIEDAD CONYUGAL(*) (122)**

Coordinador
JORGE F. TAQUINI

Subcoordinadora
MARÍA E. MASSA

Autores

IRMA P. DE ALONSO, BEATRIZ BRAILOVSKY, LIDIA BELMES, NOEMÍ DELLE COSTE, VÍCTOR R. DI CAPUA, FEDERICO R. ESPAÑA, SILVIA G. FARINA, NORA GADEA, SUSANA GOLD, FLORA M. DE KATZ, ROSA A. DE LENDNER, RENATA LIPSCHITZ, MARÍA E. MASSA, JORGE A. RICCIARDI, PEDRO SOFÍA AGUIRRE, JORGE F. TAQUINI y JORGE VIACAVA

SUMARIO

Causales de disolución de la sociedad conyugal. Administración. Disposición. Liquidación. Pago de recompensas. Partición. 1. Matrimonio.