

CAPÍTULO VI

PERÍODO DE SOSPECHA

SECCIÓN 1ª

ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS

El patrimonio del deudor atraviesa por distintas etapas en su desarrollo económico; una de ellas puede ser el estado de cesación de pagos. Cuando el patrimonio se halla erosionado, debilitado e incapacitado para satisfacer la prenda común de sus acreedores, nos hallamos ante el estado de cesación de pagos.

Es a la obra de Yadarola a la cual debemos reputar como esclarecedora, sobre el concepto científico del estado de cesación de pagos¹. Ha expresado ese autor que la cesación de pagos es un estado económico que "puede definirse como la impotencia de un patrimonio frente a las deudas exigibles que lo gravan... Es claro que siendo la cesación de pagos un estado del patrimonio, estado complejo, y no un hecho, no siempre será fácil determinar con precisión matemática, el día exacto de la cesación; pero si se tiene en cuenta, ... la relación de causa a efecto que existe entre cesación de pagos e incumplimiento de una obligación, la fecha se determinará por el primer incumplimiento que derive de ese estado, o bien se podrá

¹ Mauricio Yadarola, *El concepto técnico-científico de cesación de pagos*, en "J. A.", octubre de 1939, y en *Homenaje al Dr. Mauricio Yadarola*, Universidad Nacional de Córdoba, ps. 227 a 229, Dirección General de Publicaciones, Córdoba, 1963.

establecer cuáles son los primeros pagos efectuados con recursos obtenidos en forma anormal o ilícita —obteniendo crédito por medio de engaños o usurarios, malvendiendo sus bienes, gravándolos en forma perjudicial, etc.—, y entonces la fecha de la cesación se fijará en la del cumplimiento de esas obligaciones; o bien si no las cumplió pero consiguió prórrogas o nuevos plazos para su pago —que es una forma de obtener crédito—, por iguales medios engañosos, siendo cierto que ya no podía pagar, la fecha de la cesación será la de la exigibilidad originaria de tales obligaciones...; si el deudor «sigue cumpliendo» indefinidamente... es prueba de que no hay cesación, pues de existir este estado, fatalmente tendrá que llegar un momento en que no pueda pagar, o en que por otros medios, cualquier acreedor denuncie y pruebe las maniobras que el deudor realiza para ocultar su estado de cesación de pagos y entonces el juez declarará la quiebra. Y si, extremando la hipótesis, el deudor se mantuvo mucho tiempo ocultando su insolvencia (ya hemos dicho que son términos sinónimos insolvencia y cesación de pagos) pagando con recursos anormales o ilegítimos y luego consigue mejorar su situación económica y normalizar la vida de su hacienda, entonces es evidente que la cesación de pagos existió pero no llegó a producir efectos jurídicos, porque antes de trascender al exterior, desapareció en virtud de un cambio favorable en la economía del deudor”.

Es muy poco lo que se puede agregar a tan extraordinaria concepción, señalando que las llamadas tesis materialista (cesación de pagos es sinónimo de incumplimiento) e intermedia (la cesación de pagos es un estado económico de impotencia o insuficiencia patrimonial que se revela sólo por el incumplimiento) de la naturaleza jurídica de la insolvencia, están hoy en franco retroceso dentro de la doctrina y no tienen acogida en nuestros tribunales.

Tal situación obedece al criterio amplio que adoptó la ley 19.551 en cuanto al estado de cesación de pagos.

Hemos sostenido² que mediante el contenido de los arts. 1, 85 y 86 de la ley 19.551 se puede definir el estado de cesación de pagos como "el estado económico de un patrimonio que se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y las causas que lo generan, susceptible de revelarse y ser demostrado por pluralidad de hechos". Expresamos, asimismo, que dicho concepto, insito en el art. 85, L.C., reconoce su precedente en el art. 1 del Proyecto de Ley de Bancarrotas de 1954³, que disponía: "La insolvencia se manifiesta por hechos exteriores que a criterio del juez sean demostrativos de la impotencia patrimonial para cumplir regularmente las deudas a su vencimiento, sin consideración al carácter de dichas deudas"; por otra parte, el art. 2 de dicho proyecto es fuente directa del art. 86 de la ley 19.551.

La comisión redactora del Anteproyecto de 1967 adopta un criterio amplio, pues admite que "la cesación de pagos... constituye un estado económico susceptible de ser demostrado a través de ciertos hechos, según surge de lo que se dispone en los arts. 1, 85 y 86"⁴. Conserva, por otra parte, la locución "cesación de pagos", que fue sustituida en el Proyecto de Ley General de Bancarrotas de 1954 por el vocablo "insolvencia".

El tema adquiere relevancia, pues la cesación de pagos es el presupuesto, no sólo de los concursos, sino también de las acciones de inoponibilidad que comentaremos en los capítulos VII y VIII, y además de algunos supuestos de inaplicabilidad de normas o pactos a que nos referimos en el capítulo XIII.

² Horacio Garaguso y Alberto Moriondo, *Un fallo y sus implicancias*, "R.D.C.O.", 1979, ps. 564/565.

³ Proyecto de Ley General de Bancarrotas, O. D. 274, año 1954, Cámara de Diputados de la Nación.

⁴ Exposición de motivos de la ley 19.551, n° 2.

Para concluir con esta sección, diremos que las legislaciones se van orientando gradualmente en el sentido indicado, pasando de concepciones materialistas a intermedias, y de éstas a concepciones amplias. Tal lo sucedido en el derecho falencial de los Estados Unidos, en donde se habla ya de "estado de bancarrota" y de "estado de insolvencia" que se revelan por actos de bancarrota⁵.

Como cierre del tema, ponemos de manifiesto que no pretendemos realizar un estudio del estado de cesación de pagos, tema que por su amplitud escapa al desarrollo de nuestro trabajo, pero creímos necesario incorporar algunas nociones sobre ella, para que el ingreso en el tema del período de sospecha se hiciera sin resentir la metodología asumida.

⁵ Asa S. Herzog, comentario a la *Bankruptcy act and rules*, 1976, Collier Pamphlet Edition, part 1, by Asa S. Herzog and index by Edward J. Bander, Matthew Bender, N. York, U.S.A., especialmente al comentar las secciones cuarta, quinta y sesenta y siete y las reglas 104 a 108.

SECCIÓN 2ª

EL PERÍODO DE SOSPECHA

1. NOCIONES.

El período de sospecha es una antigua institución del derecho falencial, pese a lo cual no ha sido objeto de uniforme tratamiento en las legislaciones comparadas.

El estado de cesación de pagos se manifiesta actuando no en un momento temporal de simple determinación, sino en lapsos más o menos prolongados, en los cuales pasa gradualmente por distintas etapas, todas ellas complejas y de plural exteriorización.

El estado de insolvencia se perfila como tal cuando el comerciante, frente a la desaparición de sus recursos normales —propios de la actividad económica que ejerce—, aplica a la satisfacción de sus obligaciones los ahorros que posea.

El deudor cumple, pero el cumplimiento demostrado no es normal y produce, al agotarse las reservas propias, o a falta de éstas, la necesidad de procurarse créditos, generalmente bancarios, atento al hecho que hay aún responsabilidad patrimonial. Esta necesidad de numerario puede satisfacerse vendiendo o gravando bienes, que sean los menos imprescindibles para su giro comercial. Generalmente comienza en esta etapa la venta de los artículos de su comercio, a un precio menor que el de plaza, sin afectarse en principio los costos, pero reduciendo la rentabilidad de su explotación.

Ante una iliquidez transitoria, tales medidas son generalmente suficientes para vencer el desequilibrio, mas

si éste continúa actuando, se agrava la enfermedad, que lentamente contamina al patrimonio del sujeto pasivo, lo que le obliga a recurrir a negocios jurídicos cada vez más gravosos para procurarse recursos. Comienza a vender a menos del costo; disminuía su capacidad patrimonial, el crédito, si es bancario, asume formas más onerosas, o bien es sustituido por dadores de dinero particulares, aun en actividades usurarias; como secuela de ello aparecen refinanciaciones, otorgamiento de garantías personales o reales en beneficio de los acreedores más rigurosos; y en general actos, todos, perjudiciales y a veces fraudulentos que evidencian un estado de cesación de pagos o insolvencia.

Es en esta etapa que el comerciante —en la generalidad de los casos— acude a los remedios concursales, preventivos o no, y sólo por la actuación de su voluntad proceden los primeros y por la propia o de sus acreedores compete la promoción de los segundos. El deudor y sus acreedores, y sólo ellos, pueden hacer actuar la tutela jurisdiccional, generalmente cuando es ya muy tarde. Ello ha motivado las severas críticas de Maffia¹, y de éste y de B. de Maffia², a las que con algunas reservas nos adherimos.

En la óptica apuntada, el deudor ha realizado múltiples actos que perjudican a los acreedores, restándole

¹ Osvaldo J. Maffia, en las Jornadas Nacionales de Derecho Concursal realizadas en la Capital Federal en agosto de 1979, en el seno de la Comisión 2, efectuó una crítica a este sistema, propiciando la posibilidad de que el remedio preventivo actúe aun contra la voluntad del deudor concursado.

² Osvaldo J. Maffia y María O. B. de Maffia, *Concursos. Introducción histórico-crítica*, Zavalia Editor, Bs. As., 1979, ps. 143/148, donde con términos severos reclama la adopción de reformas legislativas para que "el remedio llegue a tiempo". "El instituto concursal «no ha logrado desprenderse totalmente de la tradición medieval»...; la protección para que sea operante debe ser preconcursal; de ser posible, cuando la insolvencia no hizo aún estragos irreversibles. Existe preocupación al respecto, y esa preocupación se ha traducido en estudios que erigen el amparo tempestivo de las empresas que importan defender, en uno de los factores relevantes de la problemática económica contemporánea (y no solamente concursal)".

capacidad patrimonial a la prenda común, sea por necesidad, negligencia, dolo o fraude.

Hay un aspecto psicológico a tener en cuenta: el deudor cree que va a solucionar su crisis, y esa creencia lo lleva paulatinamente a un convencimiento; sacrificará entonces todo en aras de aquella subjetiva convicción generalmente irreal. Aparece lo que hemos llamado "el espejismo de la recuperación", y en virtud de él, se sacrifica el patrimonio real. Ilusiones, esperanzas o creencias contribuyen a quebrantar y luego destruir la salud del patrimonio, poniéndolo al borde del colapso o de un "coma económico" del cual es muy difícil el regreso.

La igualdad de los acreedores y la integridad del patrimonio como finalidades del proceso concursal, tienen en el período de sospecha el principio institucional que las vincula para operar su tutela legal.

Está en la esencia del período de sospecha el carácter de presupuesto para el ejercicio de las acciones recuperadoras de la integridad del patrimonio y establece el principio de efecto retroactivo de la quiebra de derecho, asumiendo de esta forma virtualidad jurídica la quiebra de hecho que precede a la primera.

En la ley 19.551 se ha definido el período de sospecha en el apartado final del art. 120, en los términos siguientes: "Denomínase período de sospecha al que transcurre entre la fecha que se determine como de iniciación de la cesación de pagos y la sentencia de quiebra". Pensamos que esta definición —pese a las críticas que su inclusión legal ha desatado— es ajustada, y siendo normativa es propia de un cuerpo de leyes; por tanto, deberá ser considerada su inclusión en futuras reformas legislativas. Nos mueve a la defensa de la definición legal, la observación de los resultados prácticos de otras definiciones de instituciones contenidas en las leyes positivas nacionales. En efecto, algunas de ellas, por su corrección técnica y alcance doctrinal, evitan todo debate sobre el particular y remedian situaciones de inseguridad jurídica

(por ejemplo, el art. 3875 del Código Civil). Claro que tal efecto dependerá principalmente de la calidad técnica de la definición.

2. FINALIDAD DEL PERÍODO DE SOSPECHA.

El período de sospecha responde a la necesidad concursal de preservar la garantía de los acreedores, asegurando una equitativa distribución entre los mismos acreedores, del producto de la liquidación³.

El derecho común confiere al acreedor la acción revocatoria o pauliana, para obtener la declaración de inoponibilidad de los actos realizados por el deudor en fraude o perjuicio de sus derechos, conforme a la estructura dada a ella por el art. 961 del Código Civil.

Esta acción, cuyos orígenes se remontan al derecho romano, está presente hoy en la legislación universal, y ha sido rodeada de múltiples recaudos materiales y formales, que dificultan su admisión judicial, y no comprenden todos los negocios jurídicos realizados por el deudor en estado de cesación de pagos, sobre todo cuando no existe dolo, ni del deudor ni del tercero que con él contrate; tal el caso de pago de créditos exigibles o de refinanciaciones.

Las características enunciadas de la acción revocatoria o pauliana, la revelan como generalmente intrascendente en materia de concursos, para impedir los perjuicios derivados de actos fraudulentos contra el conjunto de los acreedores.

Se vislumbra, en consecuencia, la necesidad de dotar al proceso concursal de una institución idónea que garantice su objeto y fines. Fue el derecho estatutario el que concibió la llamada acción revocatoria concursal, aunque los fundamentos y procesos elegidos no sean los mismos en los distintos regímenes y en todas las épocas.

³ *Bankruptcy act and rules*, Matthew Bender Editor, N. York, Usa adment, sección 67, por Asa S. Herzog.

La línea directriz fue el establecimiento de la hipótesis de que los actos jurídicos celebrados por el deudor antes de la quiebra, fueran irrelevantes frente a esta última, pudiendo suceder su revocación o declaración de inoponibilidad, mediante un proceso más simple y eficaz que la acción revocatoria o pauliana.

Nace de esta forma el "período de sospecha", que no se concibe como la retroacción del desapoderamiento a la fecha inicial de la insolvencia, sino como un plazo dentro del cual los actos posteriores a aquélla pudieran ser declarados ineficaces respecto de los acreedores concursales —inoponibles a ellos—, si hubiesen sido verificados o declarados admisibles, por ser objetiva y subjetivamente sospechosos de fraude.

El Código de Comercio de Francia de 1807 concibió el período de sospecha como la retroacción del desapoderamiento, situación modificada en la reforma de 1838, en la cual se estableció que aquél sólo producía efectos desde la sentencia de quiebra, y la acción de revocatoria concursal —para proteger los contratos realizados de buena fe— en el período de sospecha se materializa por la revocación de los actos determinados por la ley y sólo cuando concurren las circunstancias de hecho que ella fija.

3. ANTECEDENTES.

Hemos señalado que fue el derecho estatutario —en las ciudades italianas del medioevo— el gestor del concepto del período de sospecha, asimilando al comerciante fallido con el que se hallaba próximo a quebrar (*proximus decoctioni*); pero no llegaban a un acuerdo los diversos estatutos sobre el plazo en que se podría reputar al fallido *proximus decoctioni*. Sin embargo, el derecho estatutario estableció generalmente un plazo fijo, que podía ser desde pocos días, cuatro meses, y sólo ocasionalmente llegaba a un año⁴.

⁴ El reglamento de Lyon del 2 de junio de 1667 fijó el período de sos-

Esta ficción encontró en su época no poca resistencia doctrinal, requiriéndose en algunos casos que fuese el juez en cada caso quien fijara el plazo del período de sospecha.

El Código de Comercio francés de 1807 creó un período de sospecha suplementario, que comprendía los diez días anteriores a la fecha inicial de la insolvencia. Criticado como innecesario, no fue eliminado en la reforma de 1838 y conservó validez legal en Bélgica hasta 1851. A su vez, el C. de Comercio italiano, antes de la reforma operada en 1942, establecía la presunción de fraude a los acreedores de todos los actos, pagos y enajenaciones por cualquier título, realizados en los diez días anteriores a la declaración de falencia.

4. SISTEMAS.

En principio, sostenemos la universalidad en la admisión y regulación positiva del período de sospecha; también es generalmente admitida la conveniencia del instituto, pero no existe acuerdo en el sistema que se adopte, ni en lo que por tal período debe entenderse.

Ha puesto de manifiesto la doctrina la existencia de tres sistemas, en punto a la regulación del período de sospecha, aunque, como sostiene Fernández⁵, por lo general se sigue un sistema mixto, considerado arbitrario y empírico, integrado por un plazo fijo general y plazos de duración variable.

a) *Sistema de plazo fijo del período de sospecha, de origen legal.*

En este sistema el legislador establece un plazo anterior a la sentencia de quiebra, dependiendo su extensión del tipo de acto de que se trate.

pecha en 10 días (art. 13), norma que tuvo vigencia en toda Francia por decisión real del 15 de noviembre de 1702, llenando así el vacío de la ordenanza de 1673.

⁵ Raymundo Fernández, *Fundamentos de la quiebra*, Cía. Impresora Argentina, Bs. As., 1937, p. 912.

Es el admitido por los países anglosajones y germanos, admitido especialmente por Inglaterra, Estados Unidos, Alemania y Austria, y con diferencias particulares es el de Suiza, Uruguay, Bolivia, Chile y Perú, entre otras naciones.

Un ejemplo típico del sistema lo es la sección 67 de la Bankruptcy Act de los E.U., estableciendo la nulidad o anulación de las transferencias, embargos, ejecuciones judiciales o no, realizadas dentro de los cuatro meses anteriores a la apertura del estado; se presume el fraude, aunque es admitida la prueba de la buena fe del contratante no fallido⁶.

b) Sistema de plazo judicial ilimitado legalmente.

En este sistema el período de sospecha, partiendo de la fecha de la sentencia de quiebra, se retrotrae hasta la que fije el juez como inicial del estado de insolvencia, sin otros límites en tal actividad, que la seguridad jurídica y la prescripción de las acciones o derechos.

Tal la regulación adoptada por la ley francesa de 1838, la cual disponía, en su art. 441, que "por la sentencia declarativa de quiebra o por sentencia posterior dictada sobre el informe del juez comisario, el tribunal determinará, sea de oficio, sea a requerimiento de parte interesada, la época en que ha tenido lugar la cesación de pagos".

c) Sistema de plazo fijado judicialmente, con límite legal.

Se faculta al juez para fijar el punto inicial del estado de cesación de pagos, pero en la búsqueda de él, la retroacción no podrá ir más allá del plazo señalado por el legislador.

⁶ Bankruptcy act and rules, parte 1ª (Recopilación de 1976), secciones 64, 67 y 68.

⁷ El proyecto de reforma del Consejo de Estado de 1863 procuró limitar a un año la retroacción en busca de la fecha inicial de cesación de pagos, solución que sin embargo no prosperó.

Este método es el más aconsejable de los tres, pues a la par que procura seguridad jurídica —como el indicado con la letra a—, no deja subordinada la ineficacia de los actos a una exclusiva declaración judicial, y por ello no afecta las relaciones jurídicas remotas agotadas en sus efectos normales.

Éste es el sistema del código italiano de 1942, de la ley del Paraguay, de la ley 11.719 (art. 53) y de la ley 19.551 (art. 120).

5. FECHA INICIAL DEL ESTADO DE CESACIÓN DE PAGOS.

El tema de la fecha inicial del estado de insolvencia es de suma trascendencia, y se la deberá establecer sobre la base del concepto amplio de la naturaleza del estado de cesación de pagos, adoptado por los arts. 1, 85 y 86 de la ley 19.551, pues de muy poco serviría la evolución legislativa en la materia, si con un criterio arcaico prosiguen nuestros síndicos y jueces, buscándola sólo en el primer incumplimiento.

Es válido rememorar aquí las palabras de Fernández⁸: "La cesación de pagos, según esta teoría, es el estado de un patrimonio impotente para afrontar las obligaciones que lo gravan; no es un hecho como el incumplimiento de sus obligaciones, ni una serie de incumplimientos; la insolvencia o cesación de pagos preexiste al incumplimiento, pues si el deudor no cumple es precisamente porque su estado económico no se lo permite; el incumplimiento es un hecho jurídico, generado por el fenómeno económico de la cesación de pagos, estado patrimonial que se revela por hechos exteriores, entre los cuales figura en primer término el incumplimiento de las obligaciones, y a la par de éste, todos los actos del deudor que pongan de manifiesto su impotencia frente a las deudas o imposibilidad de pagar o insolvencia, como por ejemplo

⁸ Fernández, ob. cit. en nota 5, p. 274, ap. 139.

su confesión expresa judicial o extrajudicial, su confesión implícita, el recurrir a expedientes ficticios, ruinosos o fraudulentos para obtener recursos con el fin de continuar materialmente los pagos, etc.”.

El estado de cesación de pagos debe revelarse como condición a su potencia jurídica, y el momento de la revelación puede ser la fecha inicial de aquél. No se puede hablar de la fecha de la insolvencia o de la fecha de cesación de pagos, pues tratándose de un estado, y no de un hecho, técnicamente existe una fecha inicial que generalmente coincidirá con la de su revelación por cualquier medio, pues el art. 86 de la ley 19.551 es meramente ejemplificativo, y no taxativo⁹. Sin embargo, el incumplimiento fue y es admitido aún¹⁰ como el único revelador de la insolvencia, con entidad tal para ser el punto de partida del período de sospecha.

En la sección primera de este capítulo, reproducimos párrafos de Mauricio Yadarola, de los cuales surge explícito el rechazo de la concepción que, admitiendo que la insolvencia es un estado jurídico, económico, patrimonial, sólo admite su revelación por medio de uno o varios incumplimientos. Agregamos, con Fernández¹¹, que “cuando se trata de expedientes ficticios o ruinosos o fraudulentos, la fecha inicial del estado de cesación de pagos debe fijarse en la de la realización de tales actos, que dan a entender que en ese preciso instante el acreedor se encontraba incapacitado para cumplir sus obligaciones con sus recursos (normales) naturales...”, regularmente en la terminología del art. 85 de la ley 19.551¹².

⁹ La legislación anglosajona enuncia taxativamente actos de bancarrota, como la sección 3ª de la *Bankruptcy Act*, de los E. U.

¹⁰ Tal el sistema de Brasil, Méjico, Chile y Perú.

¹¹ Fernández, ob. cit. en nota 5, p. 550.

¹² Horacio Garaguso y Alberto Moriondo, *La procedencia del reajuste del precio de venta por imprevisión cuando el adquirente ha obrado con culpa o se encuentra en mora*, “Bol. Informativo, Col. Ab. Mar del Plata”, 1978, mes de diciembre. Sostenemos en tal sentido que regular expresa tanto modo, causa propia, como tiempo propio, con los recursos normales en el tiempo del vencimiento.

La ley 4156 nada disponía acerca de la cesación de pagos anterior a la presentación, sino la producida posteriormente; en tal supuesto la fecha inicial de la insolvencia sería la de la presentación o quiebra, interpretándose que pese a la laguna de la ley, si existía una fecha anterior, tal debía ser la relevante a los fines de determinar temporalmente el inicio del período de sospecha.

Para Orione la ley 11.719 corrigió las deficiencias de su precedente, pues "si la cesación de pagos no se ha producido antes de la presentación y aunque haya tenido lugar después de la fecha de presentación pidiendo reunión de acreedores (arts. 8 y 11), ésta será la de la cesación de pagos. Si, por el contrario, se hubiera producido con anterioridad, la fecha en que ocurrió efectivamente, es la que el juez debe fijar en el auto como fecha de la cesación de pagos, teniendo presente, eso sí, que no podrá retrotraerse más de un año de la presentación del deudor (art. 53); de modo que si hubiera trascurrido mayor tiempo que el de un año desde que cesó en pagos el deudor, la fecha que se fija como la de cesación de pagos deberá limitarse a un año atrás, y no más, computado desde el día de la presentación solicitando convocación de acreedores"¹³. Se observa en esta cita de Orione, tanto como en la cita de la ley 4156, los equívocos a que puede llevar confundir cesación de pagos —causa— e incumplimiento —efecto—, pues mal puede concebirse, en la estructura normativa nacional, un concurso sin que exista como presupuesto el estado de cesación de pagos.

Para concluir este análisis, decimos que pese a algunas deficiencias mínimas de detalle, en general la ley 19.551 ha adoptado un criterio científico en punto a período de sospecha, a su fecha inicial, y a los efectos de la llamada "revocatoria concursal".

¹³ Francisco Orione, citado por Fernández, ob. cit., p. 161.