



El presupuesto sustancial objetivo del concurso preventivo

Autores: Maffía, Osvaldo J.

Citas: TR LALEY AR/DOC/6759/2001

Publicado en: LA LEY 1985-A, 755

La doctrina habla de tres requisitos a los que se subordina el concurso preventivo, a saber,

a*) El presupuesto subjetivo o concursabilidad del deudor;

b*) El presupuesto objetivo o estado de insolvencia;

c*) El presupuesto procesal: la sentencia de apertura.

Con las letras "a*" y "b*" se indican los llamados *presupuestos sustanciales*, y a ellos alude el art. 99 de la ley (ADLA, XXXII-B, 1836). En cuanto al presupuesto procesal, veremos que es el único que no puede faltar. Ahora nos ocupará el estado de insolvencia o estado de cesación de pagos referido en particular al concurso preventivo.

En primer lugar, *no se expresa a través de incumplimientos u otros "hechos reveladores"* -como veremos que ocurre en la quiebra- sino que basta con que el peticionante lo manifieste: el deudor, en su demanda, dice que se encuentra en situación de insolvencia, y probablemente agregue otras menciones, incluso arrojando constancias de apoyo; pero el juez habrá de pronunciarse con la sola manifestación del deudor. Claro que, de acuerdo con el art. 86, inc. 1º, el "reconocimiento" del estado de cesación de pagos sería uno de los *hechos reveladores*. Pronto diremos de ese dislate legal.

En la mayoría de los casos la sentencia de quiebra se dicta sobre la base de meros incumplimientos, inaccesible como es el *estado* de cesación de pagos sin los estudios que sólo después de abierto el concurso podrán practicarse; e hicimos notar que para mantener la tardía concepción del *estado* como opuesto al mero incumplimiento, en lugar de relacionar la falta de pago de una obligación con la quiebra, se decía y se sigue diciendo que ese incumplimiento *revela* el estado de insolvencia, estado que sería el verdadero presupuesto de la quiebra.

Algo parecido ocurre en tema de concurso preventivo: en vez de reconocer que basta con que el deudor *diga* que se halla en estado de insolvencia para abrir el concurso, se sostiene que ese reconocimiento exterioriza aquel estado que sería el presupuesto sustancial objetivo de apertura. Cuando nos decidamos a llamar las cosas por su nombre habremos



ahorrado uno de los tres pasos que, a la manera del Tu- Tu de Alf Ross, permiten decir -sin reconocerlo- que con la palabra del peticionante basta para abrir su concurso preventivo. Además, ese sinceramiento tal vez nos ayude a afrontar el problema severo de la comprobación, postapertura, de que el concursado se hallaba *in bonis* al demandar y disponerse su concurso. De todos modos, no estamos ante una mera ficción, como se verá en seguida.

A un lado las teorías innumerables acerca de la sentencia de quiebra -las veremos en su lugar-, los autores coinciden, casi sin excepción, en dos cosas: que es *declarativa* de algo y, además, constitutiva de cierta situación o estado. Se impone, pues, preguntar qué declara y qué constituye esa sentencia.

También a ese respecto existen coincidencias que permiten manejarse con algunas respuestas aceptadas. A cuenta de mayor cantidad, destaquemos por ahora que:

1*) La sentencia *declara* acreditados la sujetabilidad a la quiebra del deudor y su estado de insolvencia;

2*) La sentencia *constituye* el estado de falencia.

Lo que una sentencia declara, a diferencia de lo que constituye, es algo que preexistía. En los orígenes remotos del instituto falencial, el mero incumplimiento aparejaba la quiebra para el deudor, y el juez intervenía *a posteriori* de esa quiebra de hecho a otros efectos. Por eso se decía, correctamente, que la decisión del juez *declaraba* la quiebra, llamando a ese acto jurisdiccional "sentencia declarativa de quiebra"; es decir, declaraba algo que había ocurrido, en lugar de *constituir* la quiebra con el fallo.

La sentencia, entonces, *declara* que el deudor pertenece a la clase de los sujetos concursables, y que se encuentra en estado de cesación de pagos.

Concedamos que lo atinente al presupuesto subjetivo -si el deudor es o no susceptible de quebrar- sea relativamente sencillo; pero ¿qué significa declarar acreditado el presupuesto objetivo? Ya vimos que de acuerdo con el art. 86, inc. 1º, un modo de exteriorizar el estado de insolvencia fincaría en la confesión del deudor; de ahí que se hable de confesión *judicial* -por ejemplo, promoción de concurso preventivo- o *extrajudicial* (caso en que el deudor reúne a sus acreedores para, supongamos, pedirles una espera). Eso confirma lo que anticipamos: que cuando el deudor promueve su concurso, la sentencia de apertura declara acreditado el presupuesto objetivo sobre la base de la confesión, o al modo que fuere el reconocimiento, del concursado.

Lo que antecede parece trivial, y se ajusta a las conclusiones de doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, aunque cause extrañeza, el enunciado "confesión del estado de cesación de pagos" es autocontradictorio.

En efecto, ese *estado* se considera objetivo, por tanto extraño tanto al conocimiento como a la voluntad de reconocerlo del deudor. Concedamos, aunque no siempre ocurra, que el



empresario sabe en qué situación se halla; y pensemos además que está dispuesto a decirlo. Aún así, la insolvencia no depende ni de ese conocimiento ni del propósito de confesarla.

Si el estado de insolvencia es un presupuesto *objetivo* es porque concierne al estado patrimonial del deudor, no a su personal evaluación de ese estado, a que lo conozca a ignore, a que la confiese u oculte. Si valoramos en serio ese carácter de *objetividad*, entonces:

1*.- El empresario puede hallarse en cesación de pagos aunque no lo sepa, puede no estarlo aunque lo crea, y de ninguna manera es insolvente *porque* lo confiese. Lo decimos enfáticamente, pues quien estudió el tema con mayor profundidad entre nosotros, al criticar la "teoría intermedia" -¡esas teorías!- hace notar que la insolvencia podría manifestarse de otro modo que por incumplimiento, y ejemplifica con la confesión; asimismo, ocupándose de los hechos reveladores dice, en términos inequívocos: "la confesión del deudor constituye, pues, la manifestación más directa y elocuente del estado de cesación de pagos" (Fernández). Dijimos que el tema es inmenso, basta por ahora con señalar que el aspecto "declarativo" de la sentencia de quiebra, en tanto da por acreditado el presupuesto sustancial objetivo, tiene parecido alcance a lo que el escribano consigna en la escritura pública acerca de las manifestaciones de los otorgantes del acto: no da fe de que ocurrió eso que dicen, sino de que los signatarios lo dijeron en su presencia; así, lo que la sentencia de quiebra tiene por acreditado en punto a confesión de la insolvencia no es que esa situación del empresario ha sido acreditada, sino que el empresario *dijo* que no está en condiciones de atender sus obligaciones de modo regular.

2*.- Para sostener que la sentencia de quiebra declara demostrado el presupuesto objetivo, sería necesario que en las actuaciones obraran pruebas de algún *hecho* capaz de exteriorizar aquel *estado*, insusceptible como tal de prueba directa en la instrucción preferencial. Y al margen la enumeración de la ley -art. 86- difícilmente nos encontraremos con algo que no sea un incumplimiento, en particular de una obligación de dar, y más en particular todavía de dar dinero. Pero aún así tampoco es sencillo: "un solo incumplimiento puede o no elevarse a manifestación relativa del estado de insolvencia, y, análogamente, una pluralidad de incumplimientos puede o no elevarse a prueba del estado de insolvencia según el significado que de ellos deduzca el juez en relación a las peculiares circunstancias en concreto: situación patrimonial, crédito y productividad, giro de los negocios, reputación comercial, actividad intensiva o no, características de las deudas o de la deuda incumplida, relaciones precedentes entre las partes, comportamiento genérico y específico del empresario, su organización, sus métodos administrativos, etc." (Provinciali).

En el caso más típico en que *prueba* un hecho eventualmente expresivo de estado de insolvencia, o sea en la quiebra pedida por acreedor, salvo raras excepciones lo único que se prueba es que una deuda dineraria restó impaga: innecesario agregar que eso no equivale a demostrar el estado de insolvencia.



3*.- La manifestación del deudor no tiene valor confesorio a la manera de los juicios dispositivos, en que el *thema* pertenece a los litigantes y el reconocimiento por cualquiera de ellos -así como el desistimiento- finiquitan el punto: *confessus pro veritatis habetur*, decían los clásicos; el proloquio sigue valiendo, pero en los juicios *contenciosos*, es decir, en los que hay contienda de una parte individual contra otra parte individual, y ese valor decisorio de la confesión se funda en la disponibilidad de los derechos privados: el que quiere reconocer algo que le perjudique, que lo reconozca; pero, adviértase, tiene que ser algo que perjudique sólo al que confiesa (*confessio solo confidenti nocet*). En un proceso inquisitivo como el concursal, el reconocimiento del concursado no es vinculante (Provinciali). Además, la confesión no perjudica solamente al deudor (Ferrara). Pajardi siempre fue explícito en ese sentido, relacionando la invalidez de la confesión con la "progresiva publicitación del proceso concursal". Ya en su celebrada monografía "La sentenza di fallimento" había señalado con agudeza que cuando el deudor muestra interés en la declaración de su quiebra -o de su concurso preventivo, agregamos- está aduciendo "una circunstancia *favorable* a su pedido", aserto que enriquece con una ilustrativa referencia: la ley de concursos austríaca establece expresamente que aunque el deudor confiese que a su respecto concurren los requisitos sustanciales para la apertura, "el juez debe igualmente comprobar si existen o no los presupuestos de la quiebra", y reitera que "ante todo, no se trata de una declaración de la verdad de los hechos desfavorable a quien lo confiesa". Es una situación similar a la que la Cámara Nacional Comercial decidió en "Translínea": el reconocimiento de un crédito por el concursado no vale frente al concurso, ya que el contexto donde la confesión de parte exime de prueba lo es sólo el juicio individual. "En ningún caso puede entenderse que esta demanda importa una acción dirigida contra el deudor y los demás acreedores. Es verdad que los eventuales intereses encontrados pueden hacerse valer mediante la contradicción que, en distinta medida y según los casos, es admitida por la preceptiva concursal... Ello no convalida la equiparación de este procedimiento con una demanda contra el deudor concursado. Cabe advertir, en tal sentido, que la falta de impugnación o aun el reconocimiento expreso del crédito por éste, no son decisivos para la verificación ("Translínea c. Electrodinie", voto del Camarista doctor Anaya. Como se trataba de un incidente, resulta correcto hablar de "demanda").

En resumen: si el estado de insolvencia es el presupuesto *objetivo* de apertura del proceso concursal, esa objetividad excluye toda supeditación al sujeto a concursarse: tanto el reconocimiento del deudor como su negativa son irrelevantes; no menos irrelevante es que sepa o ignore, que confiese u oculte, que acierte o yerre. Si se encuentra o no en esa situación, nada tiene que ver con su conocimiento, con su voluntad, con su acierto: una circunstancia *objetiva* es lo que es independientemente del sujeto que la conozca, que la valore, que confíe en superarla o que lo fuerce a concursarse. Si es objetiva, existirá o no al margen de lo que el deudor sepa, quiera o diga al respecto.

Ya dijimos que cuando una empresa es medianamente compleja puede ocurrir que el propio empresario no sepa si se encuentra o no en estado de insolvencia. Mal podrá, entonces, su *reconocimiento* allegar factores positivos para la decisión del juez. Conocer el propio estado de insolvencia suele exigir estudios detenidos, sin los cuales no es posible



expedirse con verdad. Ciertamente que podría ocurrir que el deudor encomiende a expertos esos estudios y con los resultados pida la apertura de su concurso, pero entonces habrán sido aquellas conclusiones técnicas -no su *animus confitendi*- el fundamento de la sentencia que abre el concurso.

El gran argumento -sobre el cual volveremos en diversos capítulos de nuestro libro de próxima aparición- consiste en que el proceso concursal no es un juicio de acreedor contra deudor. En suma, no estamos ante un juicio tipo dispositivo, subtipo contencioso, único ámbito donde la confesión opera efectos plenos. Tampoco ante una hipótesis en que la confesión perjudique al *confessus* -Ferrara-; por el contrario, afecta a muchos otros que se verán embarcados en el concurso a abrirse.

Además -variante de un argumento ya utilizado- si el estado de insolvencia importa la imposibilidad de pagar a *todos* los acreedores, ¿cómo sabemos quiénes son *objetivamente* todos los acreedores, en el contexto de un concurso, sin etapa de verificación que por fuerza es posterior a la apertura?

El presupuesto objetivo del concurso preventivo no lo es el estado de insolvencia, como tampoco lo es para la declaración de quiebra. Hemos recordado que Ferrara y Ragusa Maggiore enfatizan en ese sentido: no el estado de insolvencia, sino su *manifestación* a través de hechos comprobables viabiliza la quiebra. En orden al concurso preventivo podría asimismo hablarse de hechos que exterioricen aquel estado, *pero sólo si también los acreedores pudieran demandar la apertura*.

Que únicamente el deudor estuviera facultado para promover su concurso preventivo estaba justificado en 1883, pues se lo veía como un remedio excepcional para el comerciante *onesto e sventurato*. Pero hace mucho que ese mítico personaje -*vecchio figurino* lo llama Provinciali- está herrumbrado en el desván de los trastos viejos. Media gran diferencia entre aquel instituto y el reclamo por buscar, hoy, ayuda para las empresas en dificultades. Mientras sigamos con la vieja mentalidad nos horrorizaremos de pensar que alguien fuera del propio deudor pueda demandar el concurso preventivo; y por cierto que ni al gobierno de 1967 ni a sus solícitos colaboradores les pasó por la cabeza tamaña heterodoxia a la concepción anacrónica que padecían y nos hicieron padecer.

En Francia, Italia, España, Alemania, Holanda -por citar unos pocos países-, los acreedores también pueden, sea conforme al régimen lato, sea en la mira de los proyectos más elaborados, demandar la apertura del concurso preventivo. Lo que ocurre es que, por lo menos desde la ley francesa de 1967, pida lo que pida el instante, será siempre el juez quien imprima el trámite de arreglo o liquidativo. El peticionante, tanto acreedor como deudor, es, sí, instante, pero *no elige el procedimiento*. En cambio nuestra ley, como en 1902, defiende exclusivamente al deudor la promoción del concurso preventivo, y los acreedores, también como en 1902, sólo pueden solicitar la declaración de quiebra.

Es la posición privatista exaltada de fin de siglo: el juez al servicio del litigante, cuya disposición del *thema* no se discute. Si el acreedor pide la quiebra, el juez dirá "sí" o "no" al



pedido de quiebra; si el deudor pide su concurso preventivo, el juez dirá "sí" o "no" al concurso preventivo: lo que al instante solicite limita la competencia del magistrado. Eso era ayer -que sigue siendo el hoy en nuestro régimen-, pero desde que la consigna en materia concursal apunta a la conservación de las empresas socialmente útiles, es el juez quien fija el tipo de procedimiento adecuado. Hemos mostrado que la ley 19.551 se encuentra a años-luz de ese nivel. En cuanto a la llamada "reforma" de 1983 ya dijimos que no hubo tal, sino que bajo la apariencia de una modificación a la ley lo único que se hizo fue cambiar la palabra "concurso" por la palabra "quiebra" en el art. 4º, según condicionamiento de la banca norteamericana para conceder el famoso préstamo-puente.

En nuestro sistema, pues, aunque se hubieran comprobado hechos susceptibles de exteriorizar el estado de insolvencia, nada compete a los acreedores en tema de concurso preventivo: todo lo que pueden hacer, *secundum legem*, es pedir la quiebra o rezar. Y como el deudor, en su demanda, sólo le incumbe *decir* que se encuentra imposibilitado de atender sus obligaciones, tenemos que el requisito objetivo se reduce a que el convocatario *diga* que está en situación de insolvencia.

No se deduzca de lo dicho que la confesión del concursado carece de toda significación. Por el contrario, puede ser importante en algunos aspectos que por ahora sólo señalamos, a saber:

a*) Si el concursado cae en quiebra a pedido de acreedor -caso, supongamos, de que el concursado sea tenido por desistido- parte de la doctrina considera que el fallido no podría impugnar la sentencia cuestionando el presupuesto objetivo.

b*) En la quiebra puede servir como indicio -e incluso datar el comienzo- del estado de cesación de pagos.

c*) Si durante el trámite del juicio se comprueba que el deudor no se hallaba en situación de insolvencia cuando promovió su concurso preventivo, surge el problema de la eventual revocación de esa sentencia de apertura.

Próximamente, consideraremos esta última hipótesis: si el juez puede o no revocar la sentencia de apertura cuando comprueba, por actuaciones posteriores, que el demandante no se hallaba en estado de cesación de pagos cuando promovió -o, si se prefiere, cuando se declaró abierto- su concurso; caso contrario, qué consecuencias apareja la probada inexistencia del presupuesto objetivo.

Cerraremos la consideración del estado de insolvencia como presupuesto sustancial para la apertura del concurso preventivo recordando que hay casos en que ese requisito es innecesario; así, "la declaración en el extranjero es causal para la apertura de concurso en el país, a pedido del deudor..." (en este caso, el concurso no se abre en el país porque el deudor se encuentre en estado de insolvencia, sino por la mera razón de que se abrió en el extranjero). Además, la extensión de la quiebra social al socio ilimitadamente responsable se opera por la única razón de ser socio -ilimitadamente responsable- de la sociedad fallida. No es tan sencillo, pero por ahora nos limitamos a esa referencia.



Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(* El presente artículo constituye parte de un libro del autor de próxima aparición.