

***TESIS DOCTORAL.***

TESISTA: Abog. Omar Ricardo Berstein.-

TEMA PROPUESTO: UNA NECESARIA Y BENEFICIOSA AM-  
PLIACION DEL PRESUPUESTO OBJETIVO EN EL CONCURSO PRE-  
VENTIVO.

DIRECTOR: Profesor Extraordinario Consulto UNLP ROBERTO  
HORACIO LAVIGNE.

SETIEMBRE DE 2015.-

## **INDICE TEMATICO**

<b>PREFACIO .....</b>	<b>10</b>
<b>I. INVESTIGACIÓN DE LA HIPOTESIS .....</b>	<b>20</b>
1. ORIGENES DEL PRESUPUESTO OBJETIVO CONCURSAL.....	20
2. FUNDAMENTOS DE LA INSOLVENCIA.....	25
3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. ORÍGENES DE LA PROBLEMÁTICA Y EL DERECHO CONCURSAL .....	30
3.1. Relevancia del análisis histórico .....	30
3.2. Los antecedentes en el derecho romano .....	31
3.3 Desarrollo posterior. Edad Media. ....	34
3.4. Modernidad y Derecho Contemporáneo.....	37
4. LA FINALIDAD DE LOS PROCESOS CONCURSALES Y SU PRESUPUESTO OBJETIVO .....	39
5. LAS DIFICULTADES CONCEPTUALES .....	45
6. LA CESACIÓN DE PAGOS EN LA ACTUALIDAD.....	47
7. CESACIÓN DE PAGOS COMO ÚNICO PRESUPUESTO DE LOS PROCESOS CONCURSALES JUDICIALES.....	49
8. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS .....	55

8.1. El Estado de Quiebra. ....	56
8.2. Insolvencia.....	59
8.2.1. Insolvencia Contable y Económica. Distintos conceptos. ....	60
8.4. Desequilibrio Aritmético y Económico. ....	66
8.6. Pérdida de Capital Social.....	78
9. SISTEMATIZACION DEL PRESUPUESTO OBJETIVO. ....	79
9.1. Teoría Materialista:.....	82
9.2. Teoría Intermedia:.....	91
10. LA TEORÍA AMPLIA DE LA CESACION DE PAGOS:.....	94
10.1. Esencia del concepto:.....	97
10.2. Ventajas de la concepción amplia:.....	103
10.3. Críticas y Dificultades del concepto amplio. Hipótesis:.....	104
10.4. Apreciación Judicial.....	106
10.5. Revisión de la declaración judicial:.....	111
11. OTRAS TEORÍAS.....	114
11.1. Sistema de los Equivalentes.....	114
11.2. Sistema de los Actos de Quiebra (“ <i>Acts of Bankruptcy</i> ”).....	115
11.3. Formas Mixtas.....	118

11.4. La Quiebra Virtual:.....	121
12. EL PRESUPUESTO OBJETIVO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA.....	123
13. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1862. LA REFORMA DE 1889.....	125
14. LA LEY N° 4.156.....	126
15. LA LEY N° 11.719 .....	127
16. LA LEY 19.551.....	131
17. LA ACTUAL LEGISLACIÓN CONCURSAL - LEY 24.522.....	135
17.1. Excepciones al Presupuesto Objetivo de Cesación de Pagos:.....	139
17.2. Quiebra Necesaria .....	143
18. LA EXTERIORIZACION DEL ESTADO PATRIMONIAL.....	145
19. DIFICULTAD DE LA PRUEBA.....	147
20. LOS HECHOS REVELADORES.....	148
21. PRUEBA DE LA CESACION O DE LOS HECHOS REVELADORES .....	154
22. EL CASO DE LA CONFESION POR EL PROPIO DEUDOR .....	157
23. NOTORIEDAD.....	163
24. MOMENTO DE PRODUCCIÓN O INICIO DE LA CESACIÓN EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y EN LA QUIEBRA. ....	165
25. CONCEPCION CONTABLE DE LA CESACION DE PAGOS.....	169

26. DEFINICIONES .....	170
27. DIVERGENCIAS DE TRATAMIENTO .....	176
28. CRISIS EMPRESARIAL O DIFICULTADES FINANCIERAS .....	179
29. DETERMINACION Y DETECCION .....	181
30. ANTICIPACIÓN Y PREVENCIÓN .....	190
31. LOS DESARROLLOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES EN TORNO A LA ANTICIPACION DE LA CESACION DE PAGOS.....	195
32. LA IMPORTANCIA DEL FLUJO DE FONDOS.....	197
33. CONCLUSION EN TORNO A LOS ELEMENTOS CONTABLES.....	200

## **II.-ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE NUESTRA TESIS..... 202**

1.- EL PRESUPUESTO OBJETIVO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA. REFORMAS LEGALES EN EL EXTRANJERO. ....	202
1.1. ESPAÑA .....	206
1.2. COLOMBIA .....	211
1.3. FRANCIA.....	213
1.4. ALEMANIA .....	220
1.5. ITALIA.....	224
1.6. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA .....	228
1.7. CHILE.....	233

1.8. BRASIL.....	236
1.9. PERU.....	238
1.10. URUGUAY.....	242
2. PERSPECTIVAS EN NUESTRO DERECHO.....	248
3. INSUFICIENCIA DE LA ANTICIPACION DE LA TUTELA.....	254
<b>III. LA TESIS DE LA INMINENCIA COMO AMPLIACIÓN DEL PRESUPUESTO OBJETIVO EN EL PROCESO CONCURSAL PREVENTIVO. Desarrollo y fundamentos .....</b>	<b>256</b>
1. TENDENCIAS EN MATERIA CONCURSAL.....	256
2. PRESUPUESTO OBJETIVO.....	266
3. LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA .....	268
4. CRÍTICAS DOCTRINARIAS.....	280
5. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN Y LA DETECCIÓN TEMPESTIVA .....	289
6. DIFICULTADES DEL REPLANTEO DEL PRESUPUESTO OBJETIVO.....	292
7. LAS CRISIS O DIFICULTADES ECONÓMICAS O FINANCIERAS.....	299
8. NUEVO PRESUPUESTO OBJETIVO.....	303
9. INCORPORACIÓN DE LA INSOLVENCIA INMINENTE EN EL CONCURSO PREVENTIVO.....	305

<b>EPILOGO.....</b>	<b>310</b>
<b>ANEXO BIBLIOGRAFICO .....</b>	<b>316</b>

“Los distintos criterios que predominan en el derecho positivo y en el campo doctrinario, con relación a los principios básicos de la quiebra y, en especial, las contradicciones y errores en que generalmente se incurre, tornan compleja y árida la materia desorientando al estudioso que, cuanto más obras consulta, menos claro percibe los conceptos.

Fundamento universal de la quiebra es la impotencia patrimonial del deudor, el estado de insolvencia o, empleando la fórmula más difundida, la cesación de pagos. Pero ¿qué debe entenderse por cesación de pagos? He aquí la primera y gravísima dificultad, que a muchos desanima, pero que debe vencerse, pues sin una noción clara y precisa de la referida fórmula, es imposible comprender la razón de ser y las finalidades del instituto y llegar a una interpretación científica y exacta de la ley, que contemple la realidad de las cosas y consulte las necesidades colectivas e individuales que han determinado la adopción del procedimiento de concurso”.

Raymundo Fernández, “Fundamentos de la Quiebra”, 1939.



“La quiebra no es por si misma un mal, aunque su historia esté repleta de biografías dramáticas. La quiebra es un hecho que debe estar presente en el horizonte estratégico del empresario, tanto en los buenos como en los malos tiempos, la posibilidad del fracaso futuro no ha de ser ocultada al optimismo presente. La quiebra es algo inherente al mercado, como un mal inevitable y necesario del sistema capitalista. Algo que debe tenerse en cuenta en el mismo instante en que alguien decide iniciar una empresa o construir un imperio”.

Edward Altman, “Corporate Bankruptcy in America”, 1971.

## ***PREFACIO***

Esta tesis doctoral, iniciada ya hace algunos años y postergada en varias ocasiones por razones ajenas a la voluntad del tesista, tiene por objeto culminar el estudio profundo de un tema del derecho concursal siempre vigente, que nos interesó desde el comienzo de la carrera docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP .

Adelanto al respecto que la labor resultó ardua y el resultado final inacabado como todo estudio o investigación.

Al cursar la materia Metodología de la Investigación, encontramos un mundo desconocido que nunca habíamos abordado, pues resulta tan vasta la tarea a cargo del alumno para la confección de una tesis que parecía –y nos parece- de una extensión y complejidad casi “prima facie” imposible de afrontar. La técnica de la investigación, importa además elegir y luego seleccionar el tipo de tesis a desarrollar.

Así, según su contenido las hay explicativas, cuantitativas, interpretativas, planificadoras o desarrollistas, representativas, idealizantes, tecno burocráticas. Desde lo teleológico pueden abordar la crítica, la concientización, la apertura ideológica o la innovación.

A su vez, según su alcance pueden ser históricas, narrativas, expositivas, conclusivas y hasta documentales, donde el autor se limita a la recopilación de documentos.

Este trabajo, abarca históricamente el estudio de los cambios legislativos que se sucedieron desde el Código de Comercio de 1862 y la primera ley de quiebras federal hasta la actualidad; también es un trabajo narrativo y expositivo sobre los problemas que origina la crisis del patrimonio y además plantea una innovación.

El método inductivo -entre otros- parece ajustarse más al modelo de la investigación planteado, aunque no siempre el resultado deriva de la secuencia exclusivamente lógica de la investigación realizada.

Luego de la larga investigación a la que he aludido el objeto de éste estudio, fue decantando en forma ponderada, y finalmente se nos impuso como idea fuera muy clara que la cuestión a develar es la siguiente:

¿El actual presupuesto objetivo de los procesos concursales, como razón o fundamento de los mismos y sus excepciones, ha quedado superado en la realidad en lo que atañe al Concurso Preventivo?

Vamos a abordar el problema de la insatisfacción del derecho positivo a la crisis del patrimonio, porque el calificativo “preventivo” rara vez cumple su cometido dado que el deudor solo puede solicitar el amparo judicial en tanto y en cuanto, se encuentre cesante.

Según nuestra experiencia académica, docente y profesional, esta exigencia deviene lesiva por extemporánea, derivando indefectiblemente – en la mayoría de los casos- en un proceso falencial liquidatorio.

*Es decir, el sistema no tiene nada de preventivo; el proceso exige acreditar el estado de insolvencia agudo y casi irreversible. El remedio pretendido se presenta casi siempre tardío e inicuo (cuando no inocuo); lo sostienen viejos conceptos dogmáticos con ataduras a concepciones anacrónicas.*

En la actualidad, el crédito se presenta dinámico, cambiante, sinuoso y oportunista. El mundo ha cambiado y la perspectiva del comerciante también; debe estar atento a las necesidades del mercado, está sujeto a las variables de la macroeconomía y a sus propias limitaciones. El fracaso de sus intentos no debe ser castigado con la mirada esquiva de la legislación que le impide presentar su convocatoria de acreedores hasta no estar formal y materialmente en cesación de pagos.

El concepto del derecho romano “decoctor, ergo defraudator” (quiebra por lo tanto defraudador) que mantenía en estado de sospecha a todo deudor, parece reencarnarse en nuestro derecho positivo cuando exige al deudor demostrar que al momento de su presentación en concurso judicial, efectivamente no puede cumplir con las obligaciones ciertas, líquidas y exigibles, con medios normales, existiendo permanencia y generalidad.

Esto no debe ser así.

En nuestra opinión, las circunstancias debidamente acreditadas que le permitan concluir al juez sobre la inminencia de una claudicación patrimonial, deberían facultarlo para dictar la apertura de un proceso concursal verdaderamente “preventivo” y así intentar la recomposición del capital de trabajo del deudor, el saneamiento de su economía y la reinserción del mismo al mercado. No sólo en beneficio del deudor, sino de sus acreedores, de la economía general y del crédito público.

Es cierto, no se nos escapa, que existe cierta desconfianza en el ámbito judicial y también en el social, sobre determinadas conductas de deudores inequívocamente defraudatorias. Las previsiones legales en torno a la insolvencia patrimonial de ninguna manera pueden prohiar tales maniobras, aunque eliminar toda posibilidad de logros espurios resulte imposible. Como ocurre siempre en el derecho en el ámbito jurisdiccional, la resolución final de los casos queda al arbitrio del juez, dentro del marco normativo que le viene impuesto por la legislación vigente (Kelsen).

Por lo demás como decía en sus clases un viejo profesor “no se debe legislar para los sanos, pensando en los enfermos”.

La ley 24522 del año 1995 eliminó la calificación de la conducta y con ello el tiempo de inhabilitación del fallido, según fuere advertida como fraudulenta (10 años), culpable (5 años) o meramente casual (rehabilitación inmediata).

Esto ha permitido que actualmente, el deudor opte por soportar el rigor de una quiebra, antes que someterse a las consecuencias de un concurso preventivo, pues al año desde la sentencia de quiebra –o quizá antes– podrá solicitar su rehabilitación. Pensamos al respecto que debería reimplantarse una inhabilitación más rigurosa, al menos, para los supuestos de quiebra sin activos; pero éste no será nuestro objetivo.

Por el contrario, el sujeto cuyo patrimonio colapsa, necesita la inmediata tutela del legislador para proteger, en primer lugar, al crédito; luego a la empresa, a los trabajadores y por último a los acreedores en general. Es la concepción actual de la protección de los valores crediticios.

Es cierto también, que la quiebra es un concepto “estigmatizante” que produce sobre el deudor un efecto de “vergüenza social”. Para nuestros abuelos, la quiebra importaba algo así como el desprecio de la sociedad y la marginación de sus pares. Estos viejos conceptos vienen superados por una crisis global, donde la economía de las sociedades comerciales sufre las consecuencias de una actividad esmirriada, enjuta y en crisis; la macroeconomía, soporta una de sus peores tempestades; la crisis de los países advierte sobre las consecuencias de un estado de impotencia patrimonial generalizado que involucra al desempleo, las tasas de interés y la producción (ej. España, Italia, Irlanda, Grecia, Estados Unidos, entre otros).

Entiendo que el sistema liquidativo de la quiebra ha fracasado; importa una inevitable frustración pues solo en los “casos de academia” los

acreedores quirografarios perciben un mínimo porcentaje luego de la realización del activo.

El concepto de Cesación de Pagos *como presupuesto no en sí mismo*, debe ser repensado, no solo observado desde el criterio jurídico – muchas veces miope y distorsivo de la realidad de la empresa- sino conforme la confluencia de distintas técnicas de evaluación y resultados.

Así, el juez tendrá instrumentos procesales y sustanciales para permitir la asistencia a quienes se encuentren transitando la crisis y cuyo final resulte inexorable.

Insistimos, si ese es el escenario que hoy enmarca al acuerdo preventivo extrajudicial (aunque no con el presupuesto que propondremos) no se ve la razón por la cual en el concurso preventivo propiamente dicho –o judicial- la crisis acaecida es exigida como presupuesto básico y objetivo de la apertura del proceso, ya que en aquél basta la configuración de dificultades económicas o financieras.

Ahora bien, ¿qué es una tesis? desde nuestro punto de vista.

No nos referimos al concepto técnico, si no al estudio a realizar para lograr un objetivo determinado.

Entendemos que es el epílogo de una investigación que demanda largo tiempo y esfuerzo, para concluir un compromiso auto asumido de análisis y dedicación, cuyo logro final y principal será alcanzar un aporte

en el campo de nuestra especialidad; su consecuencia en el ámbito académico, la obtención de un título de posgrado en función de ello.

Es decir entonces que se puede sintetizar como un desafío de carácter personal con un objetivo y una consecuencia claramente definidos: por un lado, permite demostrar que una idea innovadora o reformadora es plasmada según un cierto rigor científico y técnico, que se diferencia de los criterios tradicionales o imperantes, concebidos al respecto y por otro, importará un logro académico muy apreciado.

Por lo novedoso de la investigación, se espera que resulte trascendente y por ello, el aporte pueda ser reconocido entre los pares, apoyado por el Director de la misma y estimado por el jurado, obteniendo así el ansiado reconocimiento.

Todas estas cuestiones importan un verdadero compromiso con todos ellos y se espera no defraudar.

Esa es nuestra meta.

El tema propuesto en cuanto al concepto del presupuesto objetivo de los concursos y de la cesación de pagos en sí, puede parecer agotado pues se comprende ha desvelado a juristas por años (véase supra el comentario inicial del maestro Raymundo Fernández).

Pero nuestra tesis no pretende modificarlo “in se” sino *ampliarlo* como presupuesto objetivo, para circunstancias que lo ameritan y que no



se subsumen en él, ni aún en la tesis amplia que sostiene a dicho concepto, que será debidamente abordada.

Pero creemos que ello no es así y por el contrario tiene plena vigencia, en orden al sesgo que le daremos a éste examen detallado, con miras superadoras.

Sostenemos, convencidos, que el llamado presupuesto objetivo de los procesos concursales –como veremos- debe ser analizado y readecuado a los actuales requerimientos del comercio. Especialmente por la indiferenciación que existe en nuestro País entre la Quiebra y el Concurso Preventivo, que no vemos reflejada en lo normativo, jurisprudencial y solo parcialmente, en lo doctrinario.

Luego de muchos años, creemos haber conjugado tres aristas relevantes de la actuación profesional: como abogado de la matrícula, dedicado a la crisis empresarial y su saneamiento, como docente de la materia –especialista en derecho comercial- y con la investigación.

Esta experiencia nos permite afirmar como hipótesis de estudio, que el concepto actual del presupuesto objetivo concursal judicial, tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial no brinda tutela preventiva suficiente a los requerimientos jurídicos, contables, económicos y sociales en tanto exige el patrimonio en *efectiva* crisis, para recién otorgar un remedio concursal judicial.

Comprende esa hipótesis, que esa indiferenciación no se compadece con la divergencia o contradicción sustancial entre ambos procesos: Uno quiere prevenir o impedir que acontezca la declaración de Quiebra y el otro parte de la declaración de dicha quiebra

La tesis va a disputar que “desde siempre” el presupuesto objetivo de los procesos concursales (Quiebra en sus dos variantes y Concurso preventivo) fue y es el concepto genérico de Cesación de Pagos y comprobado que esto es inadecuado, se pretende innovar en ése ámbito.

Por lo tanto nuestro desafío consiste en demostrar que normativa, doctrinal y legislativamente NO SE HA REALIZADO ESA DIFERENCIA y para ello citaremos las normas u opiniones que aplican el presupuesto en forma indiferenciada.

No realizaremos un desarrollo lineal de la temática abordada, sino que retomaremos frecuentemente los asertos esenciales, para irlos imbricando en el conjunto, a medida que se avanza en el perfeccionamiento de los análisis de los diversos temas implicados.

Adelantamos aquí que la tesis se refiere a la necesidad de incorporar como presupuesto objetivo y solo en el concurso preventivo judicial, los conceptos de inminencia, anticipación y premura que permitan la presentación del deudor en sede judicial; es fundamento y objetivo del presente trabajo, lo que será desarrollado seguidamente.

Vayamos al estudio y consideración de lo propuesto precedentemente.

## ***I. INVESTIGACIÓN DE LA HIPOTESIS***

### **1. ORIGENES DEL PRESUPUESTO OBJETIVO CONCURSAL.**

Para adentrarnos en la esencia del concepto de la Cesación de Pagos que hoy integra ese presupuesto, sus elementos, particularidades y problemáticas, es necesario en forma previa, ingresar al tratamiento del fundamento de su exigencia así como su intrínseca vinculación con el instituto del Crédito y finalmente con el Derecho Concursal y los procesos falimentarios.

Ello como forma adecuada de fundar nuestra propuesta.

El primer paso a dichos fines consiste en reconocer la necesaria diferencia de situaciones y consecuencias derivadas del hecho del incumplimiento aislado, particular o individualizado, que no se trasluce en una imposibilidad efectiva y generalizada, respecto de la circunstancia derivada del incumplimiento global, comprensivo de la totalidad o de gran parte del pasivo que grava a un patrimonio determinado.

Baste destacar en esta oportunidad -sin perjuicio de su desarrollo pormenorizado y detenido en los próximos capítulos del presente trabajo-, que es patente la gravedad de la situación que representa para cualquier sujeto el encontrarse en un estado de incapacidad para atender a sus deudas vencidas, sin poder recurrir en forma normal al crédito para solventar las mismas y no contando con medios propios para su atención. Situa-

ción notoriamente más grave que la derivada de un incumplimiento individual, que puede responder a infinidad de causas y no deberse a una insuficiencia de medios, o una imposibilidad del deudor.

Tratándose de situaciones diferentes, con causas diversas, dan lugar a consecuencias y efectos asimismo distintos, afectando otros órdenes de intereses y relaciones.

En el incumplimiento único, particular, individual, el principal afectado resultará naturalmente el acreedor de la prestación incumplida, siendo el suyo el interés preeminente, frente al interés del deudor. Los restantes acreedores, en tanto sean debidamente atendidos en sus créditos, no tendrán mayor injerencia en las relaciones deudor-acreedor, salvo situaciones particulares.

Tampoco aparece aquí afectado en forma relevante el interés público y por tanto la intervención del Estado en su defensa también se ve notablemente acotada.

Frente a este incumplimiento, el conflicto quedará circunscripto al acreedor cuyo crédito es debido y el deudor incumplidor, sometiendo sus intereses a los procedimientos legalmente previstos para la resolución de sus conflictos.

Sin embargo, en el supuesto de generalización de los incumplimientos del deudor, cuando no hay una única acreencia la insatisfecha, sino que se halla afectada la generalidad del pasivo de un patrimonio, sea en forma

efectiva o inminente, la esfera de intereses involucrados se extiende notablemente.

La situación patrimonial del deudor no resultará de exclusivo interés de los acreedores cuyos créditos se ven perjudicados. También se podrán ver afectados terceros vinculados con el deudor por diversas relaciones comerciales, atento la posibilidad de terminación intempestiva de sus negocios por causa del incumplimiento generalizado. Es usual que se vea afectado el interés de los dependientes del deudor incumplidor, si los tuviera y en tanto peligre la fuente de trabajo de éstos, que a su vez repercutirá en el ámbito familiar de estos trabajadores. Asimismo se podrá ver afectado el Interés Público General y los intereses del Estado, atento la necesaria afectación del Crédito, de la confianza en el cumplimiento tempestivo en forma generalizada de las obligaciones contraídas, tomando preeminencia, por ende, una más acentuada actuación estatal.

Es ésta la razón de mayor importancia –sino la principal- que nos guía a pretender permitir, que no se llegue a estos extremos y se pueda abrir una solución judicial anticipada.

Es ese estado de imposibilidad generalizada de un patrimonio para cumplir con las obligaciones que lo gravan (Cesación de Pagos, o Insolvencia, según la fuente doctrinaria que se consulte), contra el cual nos rebelamos admitir, que sea *único presupuesto* del concurso preventivo.

Las particularidades de dicho estado, con las consecuencias que acarrea, la compleja red de interconexiones originada en las relaciones jurídicas del cesante y la necesidad de tutela de la infinidad de intereses conculcados, justifica el necesario tratamiento diferenciado de dicha situación fáctica por parte de los ordenamientos jurídicos, a los fines de acordar una tutela adecuada.

Esto se puede lograr mediante la regulación de procesos eficientes, con un criterio anticipatorio y eficaz, tendientes a resolver los conflictos generados por tal situación patrimonial y morigerar las consecuencias disvaliosas que el mismo necesariamente acarrea.

Asimismo, sus efectos no se limitan exclusivamente al ámbito patrimonial, sino que acarrea profundas consecuencias personales, influyendo en la psiquis de los sujetos involucrados, pues como destaca ALEGRIA: “No puede dudarse de que en una situación de crisis provocada por la insolvencia, la estabilidad emocional y el impacto psicológico consiguiente es significativo. Lo es, desde ya, para el deudor que debe afrontar un proceso de insolvencia, sea que lo haya promovido él o hubiera sido iniciado por acreedores u otras personas”<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ALEGRIA, Héctor, “**Entrepreneurship y Aspectos Humanos No Patrimoniales en la Insolvencia**”, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 35

Se produce por tanto una situación frente a la cual el Estado no puede permanecer inmutable y de allí nuestra proposición de “lege ferenda” que veremos más adelante.

Ello se debe a la circunstancia, de encontrarse directamente involucrado el interés público, atento la relevancia que para el desarrollo de la economía tiene el crédito. En una economía donde se generalizan los incumplimientos o un funcionamiento anormal del crédito, se deriva una inevitable disminución de la confianza en que dicho instituto se funda, afectando al desarrollo de la actividad económica general, dando lugar a consecuencias negativas e indeseadas que se proyectan sobre la generalidad de la vida social.

Frente a esta afectación de intereses de gran relevancia para un grupo humano políticamente organizado, el Poder Público está llamado a efectivizar su tutela.

Esto ha motivado la intervención activa del Estado en defensa no solo de los intereses fiscales que detenta, sino también a resguardo de los intereses públicos de la población general, principalmente referidos al normal funcionamiento de la actividad económica, mediante la tutela del crédito, tendiendo a eliminar los focos de funcionamiento patológico y mitigando las consecuencias derivadas de las situaciones de crisis patrimoniales acentuadas, evitando su propagación hacia los restantes agentes directa o indirectamente afectados por dichas circunstancias.



Pero en la medida que todas las reformas legislativas han mantenido incólume el concepto de cesación de pagos, en todos los casos, ellas han sido más de lo mismo.

## **2. FUNDAMENTOS DE LA INSOLVENCIA.**

Hasta el presente, el proceso de la Quiebra y los restantes procesos concursales, no son más que la respuesta jurídica a la situación económica de la Cesación de Pagos o Insolvencia, en pos de prevenir las asimetrías y las consecuencias disvaliosas producidas por el ejercicio de pluralidad de ejecuciones individuales frente a un sujeto imposibilitado patrimonialmente para su cumplimiento.

Por ello son siempre tardías.

Como dice GARCIA MARTINEZ: “La quiebra, desde el punto de vista jurídico, es el conjunto de normas legales que regulan el fenómeno económico de la insolvencia patrimonial”<sup>2</sup>, razonamiento extensible a la totalidad del derecho concursal y compartida por los diversos autores<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> GARCIA MARTINEZ, “**El Concordato y la Quiebra**” Volumen I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 180.

<sup>3</sup> “La impotencia patrimonial del deudor es la razón de ser del instituto y del procedimiento de quiebra; sin ella no se concebiría la acción colectiva de concurso, instituida como defensa no contra el incumplimiento de las obligaciones sino contra la insolvencia...” (FERNANDEZ, op. cit., p. 177)

O como en forma más gráfica nos refiere Ariel DASSO: “La legislación concursal es el brazo armado de la economía, el auxilio jurídico instrumental al mundo comercial al momento de la crisis”<sup>4</sup>.

En virtud de lo manifestado y como primer paso lógico, corresponde adentrarse en el análisis de la forma en que se origina dicho estado, en qué consiste y cuáles son sus causas, para posteriormente dar tratamiento a las teorías que se han elaborado respecto del mismo y la situación actual de las mismas respecto de este presupuesto básico y objetivo de los procesos concursales, que pretendemos reformar.

En el presente punto surge necesaria la mención de esa operación financiera esencial para el desenvolvimiento comercial, llamada Crédito.

En toda organización productiva, a los efectos del desarrollo de su actividad propia y salvo contadas excepciones, resulta necesaria la utilización de recursos que por momentos se presentan como superiores o superadores a los efectivamente disponibles por dicha empresa. Ello así, toda vez que la capacidad de autofinanciación de cualquier unidad económica es limitada, particularmente en comparación a los recursos necesarios para impulsar una expansión de los medios productivos y de su actividad, en forma significativa.

---

<sup>4</sup> DASSO, Ariel A., “**La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global; la reforma de la Insolvenzordnung**”, Ed. LA LEY, Suplemento Concursos y Quiebras 2009 (febrero), 01/02/2009, 1 - LA LEY2009-B, 773.

Por ello, se produce la necesidad de recurrir al capital ajeno para desarrollar en forma eficiente la actividad propia. Y es en dicha circunstancia que surge el crédito como inescindible de la evolución económica de un grupo humano, particularmente en la actualidad, donde su proliferación y creciente penetración en la totalidad de los estratos sociales y actividades económicas, aparece como característico de nuestros tiempos y cuya desaceleración no se vislumbra como próxima.

La locución crédito, proveniente del latín “*credere*”, se funda primeramente -como su nombre lo indica- en la confianza, esto es, en el convencimiento de que quien es deudor, cumplirá su obligación en la forma y tiempo comprometidos.

El crédito consiste, en forma sintética, en el intercambio de bienes presentes por bienes futuros. Supone, dentro de una relación bilateral (acreedor / deudor), la postergación temporal de cuanto menos una de las prestaciones comprometidas por las partes. En toda relación donde exista discordancia en el plazo de cumplimiento del objeto de una de las prestaciones debidas, existirá crédito. Naturalmente, ésta postergación se compensa –en períodos convenidos por las partes, ordinariamente en forma mensual- con el pago del interés, es decir la renta derivada del uso del capital.

La confianza, base del crédito, emana de una pluralidad de circunstancias, no hallándose limitada exclusivamente al activo con que pudiere

contar el eventual deudor, el cual se identifica como elemento objetivo de la confianza. Así, en numerosas ocasiones serán las características personales del deudor las determinantes de dicha confianza, es decir, el elemento subjetivo, tomando relevancia como uno de los elementos determinantes de dicha confianza, el cumplimiento puntual y regular de las restantes obligaciones por parte de dicho deudor.

El funcionamiento normal del crédito se producirá en tanto esa confianza en el cumplimiento puntual se encuentra fundada y reafirmada por los sucesivos cumplimientos tempestivos por el deudor, lo que motivará el incremento de la misma y por ende, del crédito.

No obstante, en virtud de la pluralidad de circunstancias que influyen sobre su existencia, esa confianza se presenta como un factor particularmente frágil y cuando la misma se pierde, cesa el crédito, se paraliza su funcionamiento, generando una situación de difícil reversión debido a sus consecuencias sobre las restantes relaciones del deudor, derivando -en numerosas ocasiones- en la situación económica de Cesación de Pagos.

Aquí es donde se hace patente que esa “fiducia” descansa en la convicción que el acreedor espera: la “diligencia del deudor”. Diligencia (opuesta a negligencia) que implica que no esperará la efectiva cesación de pagos, sino que lo convocará ANTES para arribar a una solución.

Si no se anticipa, generará una alteración negativa de la confianza, resultando un funcionamiento anormal o patológico del crédito, que deriva

de causas tanto internas, propias del deudor, de sus hechos voluntarios (e incluso fraudulentos en oportunidades), o bien de hechos o circunstancias ajenas, exógenas sobre los cuales carece de poder.

Pero de cualquier forma, al deudor diligente no le está permitido normativamente, actuar judicialmente en forma anticipada a la crisis patrimonial (tema este que retomaremos al fundar la Tesis).

Y a su vez, dichas circunstancias base de la disfunción del crédito podrán presentarse coetáneas al otorgamiento del mismo, o bien posteriores, sobrevinientes a la postergación de la prestación debida, o incluso pre-existentes al mismo.

En definitiva, sea cual fuere el origen del funcionamiento desviado del crédito, lo relevante será la situación derivada del mismo, consistente en la pérdida de confianza y el funcionamiento anormal, aparejando un desbalance en la relación crédito/cumplimiento, que de sumarse a una situación de falta de activos líquidos que permitan suplir la insuficiencia de crédito, aparejará un estado de desequilibrio del patrimonio afectado, el cual se presentará imposibilitado para atender en tiempo y forma las obligaciones postergadas a medida que las mismas resulten exigibles (por lo menos, sin recurrir a medios irregulares).

Por tanto, podemos hallar en la imposibilidad de actuación anticipatoria, el origen del funcionamiento irregular de la ampliación del crédito y de allí la causa de la producción del estado de Insolvencia, que es el fun-

damento de los procesos concursales, los cuales no son más que remedios jurídicos establecidos para la tutela de la situación eminentemente económica de la Insolvencia, efectivamente producida.

Sin embargo, corresponde dejar aclarado que lo manifestado, en la realidad socio-económica, suele ser un proceso paulatino, con concurrencia de pluralidad de causas de diversa complejidad, con un período de gestación de variable duración, con un origen generalmente anterior a la producción de sus primeras manifestaciones exteriores y visibles; las cuales suelen surgir cuando dicho estado patrimonial es de improbable solución, cuando menos sin auxilios externos.

Por tal motivo propiciamos actuar judicialmente en esa etapa de gestación interna aún cuando no existan hechos reveladores para terceros.

Esto –como veremos oportunamente- es jurídicamente viable pues lo exterioriza el propio deudor.

### **3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. ORÍGENES DE LA PROBLEMÁTICA Y EL DERECHO CONCURSAL**

#### **3.1. Relevancia del análisis histórico**

Las concepciones actuales del crédito y de la Cesación de Pagos son el producto de un largo proceso de desarrollo, expandido a lo largo de la historia del derecho, cuyo análisis devine necesario para la comprensión

del estado actual de la problemática concursal y de la interpretación del concepto de Cesación de Pagos como presupuesto concursal y de elaborar una superación doctrinaria y normativa.

El estudio detenido del origen del derecho concursal y sus instituciones fundantes, excede la finalidad del presente trabajo.

No obstante ello, se tratarán algunos aspectos centrales, efectuando un somero análisis de la evolución transitada por esta rama de las ciencias jurídicas y de la Cesación de Pagos en particular, para arribar posteriormente al tratamiento de la concepción actual del instituto y las cuestiones derivadas de la misma, para plantear una posición superadora.

Para un tratamiento comprensivo y detallado del desarrollo histórico de esta temática concursal, corresponde remitirse a las obras de autores clásicos en la materia como GARCIA MARTINEZ<sup>5</sup>, FERNANDEZ<sup>6</sup>, THALLER<sup>7</sup>, BONELLI<sup>8</sup>, entre otros.

### 3.2. Los antecedentes en el derecho romano

El estudio relativo a los primeros antecedentes y a su problemática concursal se encuentra íntimamente vinculado al análisis de los orígenes

---

<sup>5</sup> GARCIA MARTINEZ, op. cit., p. 1/121

<sup>6</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 221/240

<sup>7</sup> THALLER, E. “*Des faillites en droit comparée*”, Tomo I, París, 1887, p. 1/72

<sup>8</sup> BONELLI, G., “*Del Fallimento*”, 2ª edición, Milán, 1923.

mismos de la concepción de las obligaciones y las deudas y las soluciones frente al incumplimiento.

Los antecedentes remotos de la Quiebra pueden hallarse en el Derecho Romano antiguo, señalando la generalidad de los autores al instituto del *Nexum* y el correspondiente procedimiento de la *Manus Injectio*, como formas embrionarias de regulación de la cuestión del incumplimiento generalizado de la atención del crédito por parte del sujeto deudor, y su superación o solución.

Al respecto, si bien el señalado importaba un remedio para solventar el incumplimiento como hecho, frente a dicho evento se regulaba la situación y mecanismo a seguirse en el caso de concurrencia de pluralidad de acreedores de idéntico deudor. Incluso, de no existir pluralidad de acreedores, el instituto aparecía como una solución universal, pues implicaba la disposición de la totalidad de la persona del deudor, no admitiendo la ejecución parcial, o individualizada a recaer sobre un bien particular.

Observamos así que este primer remedio y muchos de los que le siguieron, afectaban la totalidad de la persona o del patrimonio del deudor, lo cual se mostraba más próximo a los actuales procesos concursales, que a las ejecuciones individuales tal como hoy las entendemos.

Sin perjuicio de lo expuesto, y del interés que dichos institutos detentan a los efectos del análisis de la evolución de las diversas instituciones que posteriormente derivaron de su aplicación, principalmente a los efec-



tos de la morigeración de las consecuencias acarreadas por el sistema, debe destacarse que ellos son antecedentes remotos, con un interés limitado para este estudio falimentario, y de allí las breves referencias que efectuaremos.

En relación al objeto particular del presente trabajo, cabe rescatar de dicha época y de los desarrollos posteriores del Derecho Romano, la particularidad de que el presupuesto habilitante de los procesos de ejecución, se encontraba dado por el solo hecho del incumplimiento. La falta de pago o cumplimiento en debido tiempo y forma de una prestación obligacional era la plataforma fáctica sobre la que se asentaba la totalidad del proceso de ejecución, en las distintas formas que éste fue adoptando, desde las más gravosas como el procedimiento de la *Manus Injunctio*, hasta las etapas posteriores de ataque sobre el patrimonio del deudor, sea en forma universal (en el instituto de *bonorum venditio*, el instituto del *pignus in causa judicati captum* y posteriormente la llamada *bonorum distractio*), como en los supuestos de ejecución singular sobre bienes individualizados.

En estos primeros antecedentes de las ejecuciones universales no surge todavía un concepto asimilable a la actual de Cesación de Pagos, o sus equivalentes. Los institutos si bien pueden considerarse antecedentes de los procesos de quiebra, no puede decirse lo mismo respecto del presupuesto objetivo como Estado Patrimonial, atento fundarse todos en el hecho singular del incumplimiento. Así como también se destaca la circunstancia de la falta -en esta etapa del desarrollo del derecho-, de una

clara diferenciación entre los supuestos habilitantes de las ejecuciones individuales y el fundamento específico de los procesos concursales.

### 3.3 Desarrollo posterior. Edad Media.

Producida la caída del Imperio Romano, comienza un proceso paulatino de interacción entre las instituciones jurídicas del derecho romano, con aquellas propias de los pueblos bárbaros, generándose una situación consistente en la generalización del empleo del *Corpus Iuris Civilis* como derecho común, con las adiciones derivadas de la intromisión creciente de nociones procedentes del derecho de otros pueblos.

Pero, no obstante el refuerzo de la concepción patrimonial de las obligaciones y las ejecuciones por equivalente, en materia de presupuesto de procedencia de procesos concursales debemos ubicarnos en etapas posteriores del desarrollo jurídico histórico para empezar a apreciar un alejamiento del concepto de incumplimiento.

Así, a fin de observar los primeros antecedentes de la determinación del presupuesto de los procesos concursales con el carácter de Estado o Situación Patrimonial, distinguiéndose del mero incumplimiento, debemos ubicarnos en el período de la Baja Edad Media, fijando la atención en las regiones comercialmente más activas del continente Europeo.

Los autores discrepan en mayor o menor grado respecto de la región donde ubicar el surgimiento puntual de la concepción de la Cesación de

Pagos como *un estado patrimonial*, así como de las razones que motivaron dicho surgimiento.

Sin perjuicio de ello -y sin ingresar en polémicas que exceden el marco del presente-, es generalmente aceptado que el germen de la conceptualización de la cesación de pagos como presupuesto de los procesos concursales, puede hallarse en el derecho estatutario de las repúblicas comerciales italianas, apareciendo así la idea noción de la quiebra como instituto tutelar de la insolvencia en el *Constituto de Siena* del año 1262, siendo la primer normativa donde se utiliza el concepto de “*cesante*” a los efectos de identificar al deudor en estado de quiebra.

En esta época se inicia asimismo el desarrollo práctico y conceptual de los hechos por los cuales dicho estado se estimaba exteriorizado, siendo uno de los más importantes en esta etapa, el supuesto de “fuga” de la plaza comercial por parte del deudor, o bien la rotura del banco en la plaza del mercado (como equivalente de la clausura del establecimiento y que diera origen al término “*bancarrota*”).

Estas nociones fueron generalizándose y expandiéndose, dentro de las plazas comerciales de relevancia de la región en primer término y posteriormente a territorios más alejados, continuando su desarrollo y fijación normativa en forma creciente.

El mayor mérito de estas primeras aproximaciones a la Cesación de Pagos se encuentra en la comprensión del hecho que los procesos concur-

sales han de atender a una situación distinta y de mayor complejidad que el mero incumplimiento individual. Se toma conciencia de la distinta realidad a la que ha de atender y las problemáticas emergentes de la impotencia de carácter generalizado que afecta a un patrimonio, respecto de las deudas que lo gravan y la correspondiente insuficiencia de las soluciones previstas para los supuestos de incumplimiento individual.

Se aprecia, por tanto, una realidad diferente, no asimilable en su origen al simple incumplimiento y que por tanto no podía ser tutelada eficiente y eficazmente a través del instituto de la ejecución individual.

A partir de este reconocimiento, emanado de las costumbres de los comerciantes, trasladado paulatinamente a la legislación de las distintas regiones europeas, resultó el punto de partida para el desarrollo del derecho procesal y del concepto de Cesación de Pagos, tal como la conocemos actualmente, con los correspondientes avances y retrocesos paulatinos y las interpretaciones y aplicaciones particulares dadas al instituto.

Cabe destacar, sin embargo, que en esta época, no surge como verdadero presupuesto de la quiebra, como requisito esencial e indispensable para el correspondiente dictado de sentencia.

Como vemos se fue superando paulatinamente el incumplimiento como hecho revelador y comienza a instalarse el concepto de Estado Patrimonial.

### 3.4. Modernidad y Derecho Contemporáneo

En el plano doctrinario, uno de los hitos más destacables en el desarrollo del presupuesto objetivo, se encuentra constituido por la edición de la célebre obra “*Labyrinthus Creditorum*” de autoría de Francisco SALGADO DE SOMOZA, la cual tuvo un gran influjo sobre la doctrina y la legislación del continente europeo, siendo uno de los primeros tratamientos sistemáticos e integrales de los institutos concursales.

En relación a la cuestión objeto del presente trabajo, este autor destacó la necesidad de apartarse de las concepciones propias de las antiguas legislaciones y del derecho romano, en virtud de las cuales los procesos de ejecución universal eran puestos en acción en virtud del mero hecho del incumplimiento.

Sostuvo el concepto de “Insolvencia” como fundamento del proceso concursal, caracterizando a ésta como un desequilibrio patrimonial que afecta al deudor y por el cual se ve imposibilitado de dar cumplimiento a sus obligaciones, acercándose así notablemente a la conceptualización actual.

Las ideas de Cesación de Pagos y de Insolvencia, en esta etapa de su desarrollo, se extendieron considerablemente en términos geográficos, habiendo sido receptadas por numerosas normativas de la época. Puede señalarse a Francia, sin desconocer la influencia del derecho español y sus doctrinarios, como epicentro del desarrollo de la materia durante esta eta-

pa histórica. En el aspecto legislativo, especialmente a partir de las Ordenanzas dictadas a fin de regular las relaciones comerciales y posteriormente con el dictado del Código de Comercio de 1807 y la reforma de 1838 sobre quiebras.

Igual orientación tuvo la ley francesa del año 1939, modificatoria del Código de Comercio, por la que finalmente se estableció el principio conforme al cual “todo comerciante que cesa en sus pagos se encuentra en estado de quiebra”, consagrando así expresamente la cesación de pagos como presupuesto de la quiebra, avance notable, que posteriormente sufriera notorias limitaciones producto de la interpretación literal establecida en la práctica forense resultante.

Paralelamente a este desarrollo de la Cesación de Pagos como presupuesto fundante de los procesos concursales, se desarrollaron sistemas diversos de determinación del presupuesto objetivo de la quiebra, destacándose por su peculiaridad respecto de la cuestión, el sistema de los Actos de Quiebra, establecido por la legislación inglesa, que luego se trasladara a los Estados Unidos de América y en general a las restantes naciones integrantes del Common Wealth, atento la proximidad cultural existente entre éstas.

Como se verá, buscamos dar un nuevo enfoque al presupuesto de los concursos preventivos, que por su finalidad y características permiten diferenciarlo del presupuesto de la quiebra.

#### **4. LA FINALIDAD DE LOS PROCESOS CONCURSALES Y SU PRESUPUESTO OBJETIVO**

El Derecho Concursal es, como destacan numerosos autores, el derecho que regula la insatisfacción crediticia y la insuficiencia patrimonial, donde necesariamente habrán de producirse indeseados sacrificios por parte de los distintos intervinientes, cuyo objetivo -según señalara el maestro Héctor Cámara<sup>9</sup>-, ha de estar puesto, no ya en la prevención del daño o de los sacrificios a que se verán sometidos los distintos sujetos involucrados, sino limitado al -para nada sencillo- objetivo de lograr el mejor y más justo reparto y coordinación de los mismos, evitando su propagación y el acaecimiento de gravosas consecuencias adicionales, procurando un adecuado equilibrio, en el sacrificio común que todo proceso de estas características necesariamente acarrea.

Esta particular vertiente del derecho consiste en un conjunto o complejo normativo, el cual se halla en constante evolución y cambio, presentando un dinamismo que halla su fundamento en las características de las relaciones económicas que está llamado a regular y que son propias de toda sociedad y muy en particular, en las modernas sociedades capitalistas de consumo, donde los procesos de la masificación y la globalización per-

---

<sup>9</sup> CAMARA, Héctor, “*El Concurso Preventivo y la Quiebra – Comentario de la Ley 19.551*” Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 111/112.

miten alcanzar nuevos horizontes en materia de transacciones comerciales, así como de dispersión y penetración del crédito.

El derecho concursal, como todo conjunto sistemático de normas jurídicas, toma en cuenta los cambios de la realidad económica a medida que estos se van sucediendo, en la búsqueda de otorgar soluciones idóneas a los nuevos fenómenos ya acaecidos en la realidad, y por tanto va siempre a la saga de los hechos y las costumbres. Es altamente difícil al derecho, adelantarse a los hechos anticipándose a las modificaciones de la realidad social, particularmente en la rama comercial (en la que se inserta el concursal) históricamente originada en los usos y las costumbres de un particular sector de la sociedad, siempre caracterizado por su dinamismo y complejidad creciente.

Es propio del derecho y en particular de sus ramas comerciales, el servir a la vida económica.

Con la aceleración de los cambios que se producen día a día en la realidad negocial global, acaece un notorio incremento de las modificaciones de las normas regulatorias de la insatisfacción de los créditos, en un intento de los órganos legislativos de aprehender esa nueva realidad, mediante normas que otorguen un marco de seguridad adecuado para el desarrollo fluido de los negocios, pero sin coartar la necesaria libertad que requiere el tráfico comercial.



Esto, que no es reciente pero que sí se manifiesta con particular fuerza en los tiempos que corren, ha sido reconocido, entre otros, por Ariel A. DASSO<sup>10</sup>. Este autor observa las variaciones sufridas por el derecho concursal actual, las que se empezaron a manifestar a fines del siglo XX, como producto de acontecimientos económicos (entre los que se destaca particularmente la globalización), los cuales se aceleran en el siglo presente y que han llevado a este autor a hablar de la producción de un verdadero “*tsunami concursal*” a nivel global, dando lugar a lo que reconoce como “*un nuevo mundo concursal*”.

Así también se ha expresado el Dr. Rivera, quien manifestara que: “Esta renovación permanente de la legislación sobre quiebras y empresas en dificultades no puede sorprender, desde que el derecho de quiebras está directamente influenciado por la evolución de las condiciones económicas... Obviamente, esta importancia creciente del derecho de la insolvencia, hace que no sea ya visto solo como un campo en el cual se resuelven conflictos privados entre deudor y acreedores, sino como un terreno en el cual se entrecruzan múltiples intereses y que requiere soluciones eficientes. En suma, el sistema concursal es una pieza clave de la economía de mercado”.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> DASSO, Ariel A., “***El Derecho Concursal hoy***”, Publicado en: LA LEY 2009-B, 921.

<sup>11</sup> RIVERA, Julio César, “**El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio**”, Revista De Derecho Comparado, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, no. 15, p. 11.

Cada día puede apreciarse el nacimiento de nuevos instrumentos y relaciones económicas y sociales, de una complejidad creciente, con un elevado contenido técnico, producto de las plurales necesidades del comercio del nuevo siglo, lo que juntamente con el incremento en el flujo de transacciones, la internacionalización de las mismas, las tendencias a la formación de regiones o bloques comunes a nivel internacional, y su desmaterialización, da lugar a una serie de circunstancias de alta incidencia sobre las normas regulatorias de un instituto que día a día adquiere mayor relevancia, como ser la insolvencia y los procesos concursales.

Es frente a estas fuertes corrientes de cambio y en atención a la creciente importancia de la materia, donde se destaca el estudio pormenorizado de los pilares básicos sobre los que se erigen las instituciones del derecho concursal.

Los fundamentos y razones de la existencia del mismo permanecen incólumes, fijando los cimientos sobre los que se asientan los ordenamientos de cada región, los cuales con mayores o menores modificaciones, presentan orígenes y presupuestos comunes de larga data.

Y es entre estos aspectos fundantes, que adquiere un sitio de relevancia y primacía sobre los restantes aspectos, la llamada Teoría de la Cesación de Pagos, aspecto troncal, punto de partida y justificación última del complejo entramado del derecho concursal.

La Cesación de Pagos se presenta como el sustrato material básico de esta rama, representando su razón de ser, y el motivo mismo de su desarrollo.

Frente a ello, el presente trabajo trata de refutar la hipótesis enunciada demostrando que la concepción tradicional, como comprensiva de todo presupuesto objetivo concursal, debe ser revisada conforme a nuevos paradigmas.

La relevancia presentada por la Cesación de Pagos, ha motivado tanto a la doctrina nacional como internacional a ocuparse de su conceptualización, intentando otorgar una comprensión integral del instituto y, a partir de la misma, proceder a la construcción de la superestructura normativa tendiente a la atención de sus particularidades y la regulación de la conducta de los distintos sujetos involucrados y afectados por el mismo<sup>12</sup>.

La Cesación de Pagos, es un estado económico- financiero complejo y singular que se aplica como sistema - armónico – con exclusividad a determinados sujetos que patrimonialmente no se encuentran “in Bonis”. Es

---

<sup>12</sup> Al respecto, han manifestado CHIAVASSA y DI TULLIO: “El estado de cesación de pagos constituye uno de los principales temas de tratamiento y estudio por parte de la doctrina concursalista universal. Concepto, denominación, teorías, configuración, hechos reveladores, etc., son algunos de los ejes de discusión largamente debatidos y sobre los cuales, se puede sostener que existe un meridiano consenso, pese a que su persistencia como recaudo objetivo en la legislación concursal nacional está siempre ubicada en el ojo de la tormenta”. (Chiavassa, Eduardo N. Di Tullio, José A, “**Subsistencia de la cesación de pagos en el concurso preventivo frente a la homologación del acuerdo. La posible revocación de la sentencia de apertura del concurso preventivo**”, Publicado en Editorial La Ley, Suplemento Concursos y Quiebras 2004 (noviembre), 02/11/2004, p. 11.)

en la actualidad, el presupuesto, el punto de partida esencial, que justifica y origina el desarrollo de los restantes principios y normas de esta particular rama del derecho. La jerarquización del principio de la *Pars Conditio Creditorum*, la afectación universal del patrimonio del deudor, la carga de concurrencia en cabeza de los acreedores concursales y los restantes principios propios de esta materia que fundaron su nombre, no encontrarían justificativo sin aquella, desplazando en consecuencia la solución de los conflictos mediante la aplicación de los principios ordinarios involucrados en las ejecuciones individuales.

Lo expuesto permite apreciar la relevancia y centralidad que detenta la Cesación de Pagos dentro de la esfera del derecho concursal, así como la consiguiente necesidad de su tratamiento y estudio detenido, como punto de partida necesario para la comprensión de los principios e institutos involucrados, motivando el presente trabajo en pos de una búsqueda superadora y actualizante.

Como adelantamos supra, entendemos que el presupuesto objetivo del proceso concursal preventivo debe modificarse en atención a los nuevos paradigmas que impone el comercio y las nuevas condiciones de la macro y microeconomía.

Ya no puede exigirse para la apertura de tales procesos la efectiva cesación de pagos como presupuesto indefectible e inevitable. La inminen-

cia, debidamente acreditada, debe ser admitida para tal acceso preventivo judicial, como es nuestra propuesta final.

## 5. LAS DIFICULTADES CONCEPTUALES

No obstante la extensa historia y permanencia del instituto, que como hemos visto podríamos retrotraer incluso a antecedentes tan remotos como el antiguo Derecho Romano, como hemos visto, y el amplio tratamiento que ha recibido a lo largo del tiempo, tanto por los órganos jurisdiccionales como por los doctrinarios del derecho falimentario, en contraposición a lo que sostuviera un destacado doctrinario del derecho francés Renouard en torno a la patente y acabada claridad de la expresión “Cesación de Pagos”<sup>13</sup>, ello no se ha traducido necesariamente en un más claro y acabado entendimiento y cognición de la misma.

Aun más, resulta hoy en día uno de los conceptos jurídicos de más dificultosa aprehensión.

Basta citar aquí lo manifestado por el maestro argentino, Dr. Raymundo L. Fernández, quien destacara ya en el año 1937 la dificultad y la importancia de la aprehensión de dicho concepto, en términos tan claros que ameritan su transcripción inalterada: *“Pero ¿qué debe entenderse por*

---

<sup>13</sup> “Hay expresiones tan claras por sí mismas, que las definiciones no hacen más que oscurecerlas. La cesación de pagos pertenece a este número. La Práctica del antiguo art. 441 demuestra suficientemente que en tal caso los desarrollos superfluos sólo engendran confusión” (RENOUARD, A. C., “**Traité des faillites et banqueroutes**”, Tomo I, 2ª edición, París, 1844).

*cesación de pagos? He aquí la primera y gravísima dificultad, que a muchos desanima, pero que debe vencerse, pues sin una noción clara y precisa de la referida fórmula, es imposible comprender la razón de ser y las finalidades del instituto y llegar a una interpretación científica y exacta de la ley, que contemple la realidad de las cosas y consulte las necesidades colectivas e individuales que han determinado la adopción del procedimiento de concurso.”<sup>14</sup>*

El éxito de este concepto como fundamento del instituto concursal, se explica -quizá parcialmente- en la contradicción emergente de su concurrente simplicidad y complejidad. Con ello se quiere decir que es un concepto que ante una primera observación se presenta como clara, definida, de sencillo reconocimiento ante el supuesto práctico, pero que a poco que se profundice en su estudio, se revela compleja, cambiante y profunda.

Ese carácter a la vez sencillo y complejo y la indeterminación precisa de su contenido, ha favorecido su utilización en virtud de la adaptabilidad que presenta frente a las modificaciones en la realidad negocial histórica. Sus zonas grises permiten su (relativamente) fácil adaptación a las particulares necesidades de un grupo humano en particular.

Todo lo expresado, no hace más que poner de resalto el grado de atención que deberá prestarse al ingresar al tratamiento de una cuestión tan compleja, como central, del derecho concursal.

---

<sup>14</sup> FERNANDEZ, Raymundo L., op. cit., p.19

## 6. LA CESACIÓN DE PAGOS EN LA ACTUALIDAD.

Como se manifestara anteriormente, la Cesación de Pagos es en la actualidad, un presupuesto, un elemento previo, necesario, *sine qua non*, para el inicio de cualquier tipo de proceso de naturaleza concursal.

Así lo destaca QUINTANA FERREYRA<sup>15</sup>, quien manifiesta que las normas legales que reglamentan el derecho concursal parten del supuesto de la efectiva producción de la insolvencia, a los efectos de brindar las soluciones tendientes a dar respuesta a dicha circunstancia, considerando juntamente con Ángel ROJO, que esta noción de “Insolvencia” o “Cesación de Pagos” ha de servir como punto de separación entre las cuestiones paraconcursoales y las propiamente concursoales, las cuales si bien con particularidades propias, son integrantes del derecho de la empresa en crisis<sup>16</sup>.

La generalidad de la doctrina, tanto actual como histórica, lo ha señalado como el Presupuesto Objetivo de los procesos concursoales.

Su elaboración y la delimitación acabada de sus perfiles, así como su conceptualización actual, deriva de un profuso desarrollo, tanto prolonga-

---

<sup>15</sup> QUINTANA FERREYRA, Francisco, “**CONCURSOS – Ley 19.551 Comentada, Anotada y Concordada**”, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 5, 14y conc.

<sup>16</sup> “El derecho de la patología de la empresa ya no se agota en el derecho concursal mercantil. Hay también un derecho preconcursal, o mejor paraconcursal de carácter prevalecientemente administrativo” (ROJO, Ángel, “**Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursoales**”, RDCO, 1981, p. 273)

do en el tiempo, como geográficamente extendido, lo cual será motivo de tratamiento oportunamente en el desarrollo del presente trabajo.

Tal desarrollo ha sido paulatino, con progresos y retrocesos, naturalmente afectado por las particularidades de cada cultura y cada sistema jurídico, así como por las normas en materia concursal vigentes en las diversas épocas y la complejidad innata del problema llamado a atender por dicho concepto, que consiste en la más profunda manifestación de la crisis patrimonial de un sujeto, con proyección sobre las distintas facetas socio-económicas del individuo, así como sobre la sociedad en su conjunto<sup>17</sup>.

Estas circunstancias han motivado el desarrollo de numerosos conceptos que han sido habitualmente englobados en tres grandes grupos de teorías, denominados Materialista, Intermedia y Amplia, siendo éste último el actualmente predominante, tema que ampliaremos más adelante.

Como un primer acercamiento, en virtud de la influencia que ha tenido en nuestro medio, consideramos que puede tomarse la definición de Cesación de Pagos brindada por Raymundo Fernández en su obra, quien sostiene que la cesación de pagos es “***el estado de un patrimonio que***

---

<sup>17</sup> Como manifiesta PORCELLI: “...la referida cesación de pagos tiene dimensiones diferentes a ser estudiadas en planos o perspectivas distintas. La primera perspectiva se relaciona directamente con su tratamiento normativo por medio de una legislación especial que modifica, excepciona y complementa a la ordinaria o común. Otro plano la vincula con la estabilidad y continuidad de lo dinámico de la estructura social conculcado por el fenómeno en examen...” (PORCELLI, Luis A., “**Régimen Falencial. Análisis Metodológico**”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 16)



***se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él gravitan***<sup>18</sup>.

Tal como fuera clara y sintéticamente manifestado por Jorge GRISPO: “*para la apertura y desarrollo [del proceso concursal] basta la impotencia patrimonial del deudor*”<sup>19</sup>.

Cabe destacar, conforme surge de la definición citada, que este autor admite el empleo de la expresión “cesación de pagos”, pero en su asimilación al concepto de Impotencia Patrimonial y no en su significación literal de incumplimiento.

Y se señala que la presente conceptualización –como veremos- responde a lo que se ha dado en llamar **Teoría Amplia** de la Cesación de Pagos.

## **7. CESACIÓN DE PAGOS COMO ÚNICO PRESUPUESTO DE LOS PROCESOS CONCURSALES JUDICIALES.**

La relevancia de este Instituto se aprecia en su máxima expresión a poco que se considere la posibilidad de fundar los procesos concursales exclusivamente en este presupuesto, sin necesidad de recurrir a otros ele-

---

<sup>18</sup> FERNANDEZ, Raymundo L., *Op. Cit.*, p. 294

<sup>19</sup> GRISPO, Jorge D, “La prueba del estado de cesación de pagos y sus hechos reveladores frente a la declaración de quiebra”, LA LEY2000-B, 1109.

mentos que puedan considerarse presupuestos o requisitos *sine qua non* para el inicio y justificación de un procedimiento de estas características.

Es divergente la doctrina al momento de determinar cuáles son los Presupuestos necesarios a los efectos de admitir la apertura y tránsito de un Proceso Concursal. No obstante ello, se muestran coincidentes en cuanto a dos elementos o presupuestos básicos:

el **Objetivo**, constituido por la Cesación de Pagos (en alguna de sus diferentes concepciones);

el **Subjetivo**, referido al sujeto pasivo de la relación obligacional que se ve afectado por la mentada Cesación.

Hay autores que incorporan otros requisitos, o modifican alguno de ellos, conforme su concepción del derecho concursal, incorporándose generalmente el recaudo de la existencia de -al menos- un acreedor titular de un derecho contra el sujeto afectado por el presupuesto objetivo. Se expresa que se requiere cuanto menos un acreedor, pues aun entre aquellos autores que sostienen la necesidad de este presupuesto, no existe concordancia en torno a la exigibilidad de pluralidad de acreedores y/o acreencias.

Analizando los presupuestos consignados supra puede destacarse, con relación a la última exigencia doctrinaria señalada, consistente en la necesidad de la presencia de un sujeto acreedor de una obligación en cabeza del cesante, que dicho requisito no es un presupuesto necesario para la declaración de Quiebra.

Antes bien, opera en un plano diverso.

Es un presupuesto básico, no ya del proceso falencial, sino de la Cesación de Pagos o Impotencia Patrimonial. Mal podría hablarse de Cesación de Pagos, o de Impotencia para la atención de los pasivos, si no existieran los mismos, es decir, en caso de ausencia de obligaciones que graven el patrimonio, y para cuya atención el Activo se revela imposibilitado.

Es así que si no existiera obligación alguna que grave el patrimonio, no se configuraría la imposibilidad de atención de aquello que justamente en el supuesto particular, no existe.

Por ende, no comparto la ubicación dada a esta exigencia, considerándola superflua y reiterativa, atento que es un aspecto de análisis necesario dentro del estado de Cesación de Pagos.

La presencia de acreedor o de acreedores no es, por sí mismo, un presupuesto más del concurso, por encontrarse ya comprendido dentro del concepto del Presupuesto Objetivo.

La presencia de cuanto menos un acreedor es, por tanto, un elemento constitutivo del Estado la Cesación de Pagos. Si no hubiera acreedor alguno, no podría hablarse de cesación de pagos.

En virtud de ello, no corresponde incurrir en la reiteración de considerar al sujeto acreedor tanto dentro del Presupuesto Objetivo, como fuera de éste, como un Presupuesto del Concurso.

Va de suyo que ínsito en el concepto de la cesación, se encuentra inseparablemente ligado el tema de la mora, siendo ésta uno de sus aspectos, quizá el de mayor relevancia.

En torno al otro aspecto, contemplado ahora la faz pasiva de la relación, el llamado Presupuesto Subjetivo también encuentra hoy en las legislaciones y la doctrina más diversa, algunos cuestionamientos en torno a su necesidad a los efectos de la tramitación de un proceso falimentario.

Puede mencionarse que para algún autor, es innecesario el llamado Presupuesto Subjetivo, es decir, la presencia de un sujeto deudor cuyo patrimonio resulte imposibilitado de cumplir con las obligaciones contraídas.

En primer lugar, por resultar ésta una cuestión dependiente de la legislación vigente en cada país. Así, corresponderá a las normas de la materia, vigentes en cada Estado particular, la determinación de aquellos sujetos habilitados para recurrir a las soluciones concursales legalmente previstas.

Pero, dicho recaudo no emana de la esencia de la Quiebra o del Concurso considerado con abstracción de los ordenamientos nacionales.

En las relaciones jurídicas actuales, puede apreciarse una tendencia creciente hacia una despersonalización de los sujetos concursables, adquiriendo mayor fuerza la idea de obligación como vinculación *entre patrimonios*, antes que entre sujetos.

No existe obstáculo para que cualquier sujeto pueda encontrarse sometido a un proceso falencial o preventivo, en tanto se encuentre en el estado de cesación de pagos. Y lo que es más, no se advierte obstáculo esencial a los efectos del sometimiento a los procesos concursales de otros centros de imputación no subjetivos, como por ejemplo los Patrimonios de Afectación y otros entes que no tengan personería, no obstante que por cuestiones de política legislativa la normativa vigente no lo admita.

En tal entendimiento, nada obstaría a que un Fideicomiso se liquide de forma distinta a lo actualmente dispuesto por nuestra Ley N° 24.441, mediante la adaptación legislativa pertinente.

En definitiva, el presupuesto del sujeto concursable citado debiera ser cuanto menos, replanteado, no ya referido a un sujeto pasivo, deudor, sino a un Patrimonio, el cual se encuentre en el estado conceptualizado como de Cesación de Pagos.

Pero aun de sostenerse esta interpretación, no se comparte su ubicación como presupuesto de la quiebra, a la par de la Cesación de Pagos.

Como se manifestara en relación a la existencia de un acreedor o de una obligación que afecte el patrimonio impotente, éste es un factor previo, preexistente al proceso concursal y al presupuesto objetivo consistente en la cesación de pagos.

La presencia de un patrimonio (o deudor en su caso) en crisis, resultará un presupuesto de la Cesación de Pagos y no del proceso falimentario

en sí. De no existir “Patrimonio” afectado con la atención de determinada obligación, no podrá hablarse de la incapacidad de éste para la atención de las obligaciones que lo gravan.

Así, podría resumirse la totalidad de los presupuestos establecidos por la generalidad de la doctrina, con el Dr. Fernández a la vanguardia (en nuestro país), dentro del concepto de Impotencia Patrimonial o Cesación de Pagos.

Entonces, la Cesación de Pagos, considerada como el estado de impotencia de un Patrimonio para atender con su activo por medios regulares y en tiempo y forma las obligaciones que lo gravan, es el único presupuesto esencial para la tramitación de cualquier proceso concursal judicial, en la actualidad en nuestro país.

En una teoría “pura” del Concurso, no es esencial la referencia al aspecto subjetivo, el cual podría incluso hallarse ausente en supuestos tales como los casos de insuficiencia o impotencia correspondiente a patrimonios de afectación (o del patrimonio del fallecido, por ej. dado que la sucesión no es un sujeto de derecho).

Puede entenderse, de igual forma, que distintos autores consideran que corresponde excluir de los presupuestos de la quiebra la constatación de una obligación líquida y exigible a los efectos de definir la Cesación de Pagos. Ello por cuanto se trata de un requisito contingente, requerido solamente si así surge impuesto por una norma expresa, y por ende constitu-

ye una cuestión variable según lugar, tiempo y las distintas normativas internas vigentes en cada Estado. Son aquí aplicables similares argumentos a los señalados al excluir el llamado Presupuesto Subjetivo.

Todo lo aquí expuesto no hace más que contribuir a poner de resalto la importancia del presupuesto objetivo en la materia y por tanto lo esencial que es la amplitud de su concepto y la claridad y precisión en su definición, a los efectos de fijar los supuestos en que podrá admitirse la procedencia de la apertura de los diversos procesos concursales (sean estos de carácter liquidativo o preventivo).

En nuestra tesis, se postulará como necesario, ampliar el concepto vigente en nuestra legislación en los términos que se señalarán oportunamente.

## **8. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS**

El estudio de la Cesación de Pagos, además de las dificultades que se expusieron, presenta inconvenientes adicionales que se originan en los términos y en el lenguaje utilizado tanto por autores, como legisladores y órganos jurisdiccionales, ya sea por su incorrecto empleo como también por la falta de coincidencias en cuanto al contenido asignados a los mismos por quienes los emplean, lo que por momentos transforma el estudio de la materia en un verdadero laberinto intelectual, suponiendo un nuevo desafío incluso para las mentes más avezadas, y con resultados inciertos y va-

riables, si no se es debidamente claro en el planteo y en la determinación del sentido en que cada vocablo se emplea.

Con la finalidad de evitar confusiones así como innecesarios inconvenientes que pudieran derivar de las mismas, tendiendo a una mayor claridad expositiva, a continuación se procederá a dar un panorama de los distintos términos que se encuentran vinculados con el de Cesación de Pagos, tratando de fijar los límites que separan a unos de otros y cómo serán empleados en el presente.

### 8.1. El Estado de Quiebra.

El llamado “Estado de Quiebra” ha sido una expresión habitual entre los autores clásicos del derecho concursal, que en la actualidad ha menguado en su empleo, principalmente con motivo del impulso que han tomado las soluciones alternativas, preventivas, o no liquidativas.

Con esa expresión, se hace referencia a la situación fáctica en que se encuentra o debe encontrarse un sujeto deudor, a los efectos de su sometimiento a la normativa reguladora del régimen falencial. Se trataría de una situación netamente económica que afecta a un patrimonio individualmente considerado.



No se alude a una situación jurídica, sino un estado previo, una situación “de hecho”, cuya configuración es condición previa para la aplicación de las soluciones normativamente previstas.

En definitiva, se trata de un sinónimo de la Cesación de Pagos en su concepción amplia y así es como se utiliza por la generalidad de la doctrina<sup>20</sup>.

El motivo del virtual desuso en que ha caído, puede explicarse por la referencia expresa al instituto de la Quiebra, el cual se justificaba en épocas en que la solución liquidativa era la única legalmente prevista o al menos la predominante. Pero en la actualidad -como anticipamos-, las soluciones preventivas adquieren preeminencia y la regulación de la crisis patrimonial no se limita a las soluciones liquidativas del mentado patrimonio afectado por el estado de impotencia.

Por esta razón no parece adecuado referirse a un “Estado de Quiebra”; salvo en el supuesto en que se pretenda determinar un contenido *distinto* a la situación fáctica habilitante de procesos falenciales, respecto del presupuesto para soluciones preventivas de la liquidación.

En este trabajo, al utilizarse la expresión Estado de Quiebra, debe entenderse empleada como sinónimo de Cesación de Pagos, es decir, son directamente intercambiables.

---

<sup>20</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 20; CAMARA, op. cit., p. 235.

Otra locución de idéntica significación es la de “**Impotencia Patrimonial**”, empleada por parte de la doctrina y que en nada se diferencia de la Cesación de Pagos. Pueden utilizarse ambos términos en forma indistinta, no obstante que algún sector de la doctrina concursal ha manifestado su predilección por el término de “Impotencia Patrimonial” por considerarlo más claro y evitar las confusiones que ha motivado la interpretación literal de la frase tradicional, dado que “impotencia” no alude en forma tan directa a la efectiva falta de pago.

Estos vocablos suelen también emplearse como contraposición a la expresión de **Quiebra de Derecho**, con la que guarda una estrechísima vinculación, toda vez que tal como destacan Bonfanti y Garrone<sup>21</sup>, la cesación de pagos es el estado de quiebra o quiebra económica que hace procedente su declaración judicial o quiebra de derecho.

Otros autores, en idéntica orientación, han consignando que el estado de quiebra, en su aspecto económico, aprehende la situación patrimonial, caracterizada por la imposibilidad de atención regular del pasivo exigible. Pero que no puede por sí (sin una declaración expresa por parte de autoridad judicial competente) producir efectos jurídicos sobre las relaciones existentes u originar nuevas relaciones.

---

<sup>21</sup> Bonfanti-Garrone, "**Concursos y Quiebras**", 5<sup>a</sup> ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, 1997, p. 269.

Es decir, se presentaría como un aspecto no jurídico, que exteriorizado por alguno de los innumerables hechos en que puede manifestarse en la realidad comercial y unido a la declaración proveniente del órgano jurisdiccional, es un presupuesto de los procesos concursales.

## 8.2. Insolvencia

A diferencia de lo que ocurre respecto de las expresiones Estado de Quiebra y de Impotencia Patrimonial, donde no existen mayores debates en cuanto a su empleo indistinto con el de Cesación de Pagos, no ocurre lo mismo con el concepto de Insolvencia. Aquí las divergencias surgen con mayor fuerza y por ende las precisiones terminológicas devienen de atención impostergable.

Tanto Cesación de Pagos como Insolvencia, son términos de uso habitual en la materia concursal, a nivel local así como internacional. Pero distintos autores han otorgado diverso significado a los mismos, que no siempre resultan claros y que podrían llevar, por las numerosas variaciones que la materia presenta, a incurrir en equivocaciones indeseables.

Analizaremos con detenimiento ésta temática en los próximos capítulos.

### 8.2.1. Insolvencia Contable y Económica. Distintos conceptos.

De las obras que han desarrollado las cuestiones vinculadas al Presupuesto Objetivo de los procesos concursales y en cuanto al significado acordado al término “Insolvencia”, surge que los mismos podrían ser separados en dos grupos generales, a saber:

a) Insolvencia Contable: El primero de estos grupos se encontraría conformado por aquellos que han empleado dicho concepto, como desequilibrio patrimonial resultante de un Pasivo Total superior al Activo Total correspondiente a dicho patrimonio. Considerando por consiguiente, que dicha situación traduciría la incapacidad o insuficiencia de un patrimonio considerado en particular, para la atención de la totalidad de las deudas contra él contraídas. Es decir, la insolvencia para este sector doctrinario consistiría en la constatación meramente numérica y estática, entre el pasivo y el activo de un patrimonio, donde el primero arroja una suma superior al segundo.

Quienes entienden la Insolvencia en los términos expuestos, consideran por tanto que bastaría, para determinar la concurrencia de esta situación, la mera confrontación de valores contables, con total abstracción de la realizabilidad o liquidez del activo involucrado y de la exigibilidad y plazo de financiación del pasivo correspondiente.

Por estos motivos es que suele hablarse en estos casos de Insolvencia Contable o Aritmética, como forma de distinguirla de la concepción

dada por la generalidad de los autores, que podría llamarse Insolvencia Económica, o Insolvencia propiamente dicha.

Cabe aclarar que, sostener esta significación del concepto de Insolvencia, no se traduce necesariamente en la consideración de que dicha circunstancia resulte suficiente para la verificación del presupuesto objetivo que habilita a un proceso concursal, tal como lo ha expresado incluso alguna jurisprudencia aislada<sup>22</sup>.

Históricamente, el expresado ha sido un criterio de escaso (o casi nulo) empleo como habilitante del Presupuesto Objetivo, y que por lo general, se ha visto limitado a supuestos particulares previstos en ciertas legislaciones, como en el caso de las Personas de Existencia Ideal, o el de sujetos no comerciantes, donde adquiera relevancia el aspecto objetivo del crédito por sobre el subjetivo<sup>23</sup>.

El criterio que postula que un pasivo mayor que el activo, es supuesto habilitante de la actuación de la normativa falimentaria, ha sido desestimado. El fundamento reside en la importancia relativamente menor que representa, a los intereses y fines del comercio así como para el normal funcionamiento del crédito, la mera circunstancia de deudas mayores a los bienes existentes en un patrimonio.

---

<sup>22</sup> CNCom., sala B, 24/3/81, "**Aragón, Pablo D. c. Banco del Sud. SA**": "No cabe confundir cesación de pagos con insolvencia. Aquélla constituye el fundamento para la declaración de la quiebra pero no necesariamente implica que el deudor sea insolvente, entendiéndose por tal un pasivo superior al activo".

<sup>23</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 215

Esta es una confrontación puramente objetiva y estática, en tanto que el mundo de los negocios y las transacciones comerciales, es un entorno en constante cambio, dinámico por naturaleza, donde adquiere centralidad la atención puntual de las obligaciones al momento de su vencimiento.

La utilidad de la comparación de valores del activo y del pasivo es limitada, en virtud de la ambigüedad de la significación de una situación patrimonial de estas características, pudiendo circunscribirse a supuestos en que la constatación de un activo superior o significativo haga suponer que mediante el otorgamiento de planes de refinanciación o reestructuración de vencimientos y plazos del pasivo más inmediato, permita evitar que una suspensión meramente temporaria de los pagos debidos, se convierta en cesación material efectiva, permanente, e irrecuperable.

No presenta mayor interés conocer si los bienes de un sujeto deudor son mayores o menores que sus deudas con anterioridad al vencimiento de las mismas, que por otra parte, puede resultar considerablemente dilatado en el tiempo con la incertidumbre que dicho transcurso, vierte sobre la suerte que habrán de seguir esos bienes.

Aun más, atendiendo que la valuación de ciertos activos, es un tema que en la dinámica empresarial depende en la mayoría de los supuestos de la técnica empleada para determinar costos. La aplicación por ejemplo a los precios de las mercaderías que se venden, según el sistema que se utili-

ce FIFO (primero en entrar primero en salir) o LIFO (último en entrar primero en salir) da resultados distintos.

Asimismo, debe tomarse en consideración que la Insolvencia así entendida, es una situación meramente interna (no necesariamente exteriorizada) de la persona bajo análisis, de muy dificultosa demostración por parte de acreedores o de terceros y para cuya acreditación habría que admitir una peligrosa injerencia de sujetos distintos del insolvente o incluso de órganos estatales, sobre cuestiones de muy delicado tratamiento y donde el secreto habitualmente es un elemento central para la supervivencia de la actividad afectada. Permitir la investigación de tales cuestiones implicaría violar normas Constitucionales y legales (Arts. 14, 17, 18/19 y concordantes de la Constitución Nacional, 1071 bis del Código Civil, CSJN, 11-12-84, E. D. 112-23) y al mismo tiempo se afectaría notoriamente al comercio y su necesaria rapidez, en especial en el marco global actual.

En este punto, cabe destacar finalmente que dicha comprensión del término Insolvencia, se contrapone al significado dado a la voz en el diccionario de nuestra lengua, por cuanto la Real Academia Española define a la misma como: “*Falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda*”<sup>24</sup>, definiéndose a su vez la Solvencia como la carencia de deudas o la capaci-

---

<sup>24</sup> Real Academia Española, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición, [En Línea] <[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=insolvencia](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=insolvencia)> - Consulta: 2011-07-20

dad para satisfacer las mismas<sup>25</sup>, con indiferencia, en ambos supuestos, respecto de la proporción representada por el mismo respecto del activo.

#### b) Insolvencia Económica:

La conceptualización del concepto de Insolvencia expuesto en el apartado anterior, de carácter eminentemente contable y estático, es insuficiente para la explicación de los procesos concursales y para aprehender la circunstancia fáctica motivante del mismo.

Es mayoritaria la corriente que considera a la Insolvencia como un estado de naturaleza económica y dinámica compleja. Como un estado de un patrimonio que se revela impotente para atender regularmente, en tiempo y forma, los pasivos exigibles que lo gravan, acercándose así a la definición del término brindado por la Real Academia Española.

Se diferencia esencialmente la concepción de la Insolvencia como fenómeno económico de la concepción meramente contable, por cuanto considera eminentemente insuficiente la mera comparación numérica de los saldos activos y pasivos a los efectos de determinar si se está en presencia de una situación de crisis patrimonial que amerite la tutela brindada por la normativa concursal.

---

<sup>25</sup> Real Academia Española, DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA - Vigésima segunda edición, [En Línea] <[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=solvencia](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=solvencia)> - Consulta: 2011-07-20



Para esta corriente es posible la concurrencia de un pasivo mayor al activo presente, y una situación de solvencia del deudor, atento contar con medios líquidos y normales para atender al cumplimiento tempestivo de sus obligaciones a medida que estas se tornen exigibles.

Ello, toda vez que junto al elemento estático de comparación de activo y pasivo, debe atenderse al dinámico correspondiente a la liquidez o realizabilidad y la exigibilidad correspondiente a dichos elementos. El activo, si bien menor al pasivo, puede ser líquido o fácilmente liquidable, en tanto el pasivo si bien superior puede devenir exigible en mayores plazos, en virtud del empleo del crédito de que goza el deudor y por tanto no surgir imposibilidad alguna para éste, a los efectos del cumplimiento de sus obligaciones, una vez que los correspondientes vencimientos acaezcan.

Por tanto, insolvente es el sujeto que habiendo utilizado el crédito de que gozara a los efectos de contraer obligaciones, a su vencimiento carece de valores líquidos o realizables en cantidad tal que le permita atender a la generalidad de los citados vencimientos, por medios normales.

De esta forma, el concepto así definido atiende a un principio esencial del comercio y del crédito en general, que requiere que las obligaciones contraídas sean cumplimentadas en la forma y tiempo convenidos, apareciendo irrelevante que en todo momento de la vida de la obligación, aun sin encontrarse vencida la misma, ella pueda ser cubierta con el eventual valor del activo existente en el patrimonio alcanzado.

Sin embargo, se advierte que esta relevancia del cumplimiento estricto de las prestaciones debidas, no debe llevar al extremo de sostener la asimilación entre las nociones de Insolvencia y Cesación de Pagos, con la de Incumplimiento, cuestión que será tratada oportunamente.

#### 8.4. Desequilibrio Aritmético y Económico.

Iguales consideraciones que el concepto de Insolvencia, merece el de Desequilibrio. Dicho concepto ha sido empleado en dos sentidos básicos, que motivaran igual discriminación que en el caso de la Insolvencia que se expusiera en el anterior apartado, dando lugar por una parte al concepto de Desequilibrio Económico, asimilable al de Insolvencia Económica (o simplemente Insolvencia), consistente a grandes rasgos en el estado de impotencia de un patrimonio para hacer frente regularmente a sus obligaciones exigibles; y el Desequilibrio Aritmético, como la situación de aquel patrimonio cuyo Pasivo se presenta superior a su Activo.

Valen por ende las observaciones que se efectuaran en el punto anterior.

Puede agregarse que el criterio Aritmético del desequilibrio, como presupuesto objetivo habilitante de los procesos concursales, al igual que su equivalente de la Insolvencia Contable, genera grandes dificultades en su aplicación práctica, derivadas de su dificultosa constatación, su relevancia meramente secundaria en el mundo del comercio, su utilidad cuestionable y las injusticias que podrían derivar de su aplicación rigurosa.

Basta considerar la situación en que se verían involucrados aquellos acreedores de obligaciones actualmente exigibles, frente a un deudor carente de recursos líquidos, pero con bienes de gran valor, incluso ampliamente superior al monto total del pasivo, pero de muy difícil o dilatada realización, los cuales en virtud de este concepto se verían privados de la tutela ofrecida por la normativa concursal.

A la inversa, considérese la situación de aquel deudor que contando con amplia disponibilidad de fondos líquidos y con perspectivas de futuros rendimientos probables producto de su actividad, se viera sometido a los efectos de un proceso falencial, en virtud del requerimiento de acreedores titulares de un pasivo, si bien superior al activo actual, de vencimiento a mediano o largo plazo. Por otra parte, investigaciones de dicha naturaleza serán generalmente infructuosas, dando resultados negativos, generando consecuencias notoriamente disvaliosas.

Estas consideraciones han motivado que la generalidad de los autores, como QUINTANA FERREYRA<sup>26</sup>, GARCIA MARTINEZ<sup>27</sup>, CAMARA<sup>28</sup>, PAJARDI<sup>29</sup>, así como de la jurisprudencia<sup>30 31 32</sup>, descarte este criterio del

---

<sup>26</sup> QUINTANA FERREYRA, op. cit., p. 19/20.

<sup>27</sup> GARCIA MARTINEZ, “**El Concordato y la Quiebra**” Volumen I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, p. 173/174

<sup>28</sup> CAMARA, op. cit., p. 241/242

<sup>29</sup> PAJARDI, Piero y otros, “**Derecho Concursal**”, Tomo 1, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1991, p.238/239

<sup>30</sup> “la cesación de pagos, que es presupuesto de la quiebra, no consiste en el mero desequilibrio nominal del activo y pasivo que pudiera descomponerse de patrimonio; basta –en principio– para configurar la impotencia del patrimonio, en su acepción técnica ordenada

Desequilibrio Aritmético como noción fundante de los procesos falimentarios, aunque reconociendo su utilidad frente a supuestos específicos, pero solo como indicio, para la determinación de la situación global en que se encuentra un patrimonio.

Asimismo Raymundo Fernández descarta el desequilibrio meramente aritmético como criterio para la aplicabilidad del instituto de la quiebra, dando a aquél el nombre de “*insolvibilidad*”, a efectos de diferenciarlo del desequilibrio económico, o insolvencia propiamente dicha.<sup>33</sup>

Para Satta, la cuestión debe ser explicada de la siguiente forma: “¿Qué es la insolvencia? ... es la impotencia del deudor para satisfacer regularmente sus obligaciones. Regularmente, es decir, a cada vencimiento y con medios normales, tomados del ejercicio ordinario de la empresa. El empresario que para hacer frente a sus pagos recurre a préstamos ruinosos o vende precipitadamente sus bienes, es un empresario insolvente, aunque

---

a la eventualidad concursal, la imposibilidad fáctica de atención de las obligaciones” (CNCom, Sala D, 18/05/1979, LL, 1981-B-376).

<sup>31</sup> “El desequilibrio aritmético que puede existir entre el activo y el pasivo no siempre es definitivo, sino que puede responder a causas transitorias, por lo cual para determinar el estado de cesación de pagos, el juzgador necesita recurrir a los hechos “reveladores” que necesariamente tienen que ser graves, concordantes y deben analizarse en conjunto”. (CSJN, 12/08/1997, Cita Online: AR/JUR/6078/1997, voto del doctor Vázquez)

<sup>32</sup> “Poco importa la conformación o relación de valores entre activo y pasivo a los efectos de la acreditación del estado de cesación de pagos, cuando se adentra cualquier hipotética idea de realización inconveniente del primero. Para la acreditación del estado de cesación de pagos basta con que el deudor manifieste que se encuentra imposibilitado de atender sus obligaciones y el juez se ha de pronunciar con su sola manifestación, aplicándose el principio in dubio pro concurso” (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas de San Luis, 31/03/1997, LLGran Cuyo1998, 474)

<sup>33</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 181/182.

llegue a acallar a los deudores de más próximo vencimiento o más apremiantes; mientras que no es insolvente el empresario que, aun no teniendo actualmente medios de pago, goza de confianza y de crédito. Traducida a términos económicos, la insolvencia importa necesariamente una excedencia insanable del pasivo sobre el activo”<sup>34</sup>.

Como conclusión de lo expuesto en este punto y en el que lo antecede, corresponde dejar sentado que en las oportunidades en que se utilice el término Insolvencia, dicho concepto deberá entenderse como Insolvencia Económica, o su sinónimo Desequilibrio de naturaleza económica, o simplemente Desequilibrio. En tanto en aquellas en que específicamente pretenda hacerse referencia a la situación de desequilibrio entre el Activo y el Pasivo como comparación meramente aritmética, se empleará el vocablo de Desequilibrio Aritmético, o bien Insolvencia Contable, en forma expresa.

#### 8.5. Insolvencia y Cesación de Pagos.

Para finalizar este apartado, corresponde determinar si los términos Insolvencia (en su conceptualización económica) y Cesación de Pagos, son intercambiables, o bien existe algún grado de diferenciación que justifique su consideración separada y su empleo discriminado a los efectos de importar características divergentes en algún aspecto.

---

<sup>34</sup> SATTA, Salvatore, “Instituciones del Derecho de Quiebra”. Editorial EJEA, Buenos Aires, 1951, p. 54

Es innegable la intrínseca relación existente entre éstos y el derecho concursal, habiendo sido reiteradamente adoptados como elementos fundantes de los diversos regímenes falenciales, encontrando en alguno de dichos conceptos, el eje central objeto de tratamiento del ordenamiento concursal.

Para el análisis de las vinculaciones existentes entre ambos conceptos, en primer lugar podemos señalar un extenso grupo de autores que han manifestado la identidad o similitud significativa entre los mismos, propugnando su utilización como sinónimos, en el entendimiento de la ausencia de elementos diferenciadores, cuanto menos de magnitud suficiente, que justifique su consideración separada, en tanto no traducida en regulaciones propias.

Tal postura adoptan autores notables, como YADAROLA<sup>35</sup>, BONELLI<sup>36</sup>, QUINTANA FERREYRA<sup>37</sup>, entre otros, destacando la imposibilidad de efectuar distinciones útiles entre dichas concepciones, sin el riesgo de generar discrepancias o dificultades de apreciación y determinación de los

---

26 SATTA Salvatore, op. cit. pág. 54, párrafo 15.

35 YADAROLA, Mauricio, "**El concepto técnico-científico de la cesación de pagos**", en Revista Crítica de Jurisprudencia, Buenos Aires 1934, p. 436.

36 BONELLI, G., op. cit.

37 "De lo expuesto surge la necesidad de señalar que consideramos conceptos sinónimos 'cesación de pagos', 'insolvencia' y 'quiebra económicamente considerada'." (QUINTANA FERREYRA, op. cit., p. 17)

límites entre una y otra figura, sin beneficio evidente derivado de dicha distinción. En forma similar se manifiestan CHIAVASSA y DI TULLIO<sup>38</sup>.

Dicha posición presenta la peculiaridad en nuestro país de hallar importante sustento legislativo, atento el empleo indistinto que de ambos términos efectúa la actual ley concursal, en forma directamente intercambiable, sin que se hayan generado mayores controversias o inconvenientes al respecto.

En contraste a lo expuesto, existe una parte de la doctrina nacional que ha señalado sutiles diferencias entre Insolvencia y los restantes términos, en particular respecto del concepto de Cesación de Pagos.

GARCIA MARTINEZ ha destacado que puede diferenciarse la Insolvencia, como puro fenómeno económico, caracterizado por la situación o estado de impotencia que afecta a un patrimonio, independientemente de la exteriorización de dicha realidad fáctica y por ende insuficiente por sí misma a los fines de producción de efectos jurídicos (atento el rechazo a la noción de Quiebra Virtual, la cual oportunamente será analizada), en tanto caracteriza a la Cesación de Pagos por idéntica situación fáctica de impotencia patrimonial, a la que se adiciona el elemento de la exteriorización.

---

<sup>38</sup> “La "insolvencia", como patología empresarial está emparentada con el término "cesación de pagos" y para la doctrina nacional, ambas denominaciones tienen idéntica significación (6), a pesar de la existencia de alguna opinión jurisprudencial en contrario” (Chiavassa, Eduardo N. Di Tullio, José A, “**Subsistencia de la cesación de pagos en el concurso preventivo frente a la homologación del acuerdo. La posible revocación de la sentencia de apertura del concurso preventivo**”, Suplemento de Concursos y Quiebras 2004 (noviembre), 02/11/2004, 11, Ed. La Ley)

La Cesación de Pagos, podría resumirse para este autor, como el estado de Insolvencia revelado exteriormente. Antes de la producción de manifestaciones externas, la insolvencia es jurídicamente irrelevante. Exteriorizado mediante hechos que escapan a la esfera interna del patrimonio afectado, surge el presupuesto objetivo de la Cesación de Pagos, cobrando virtualidad jurídica. Aun más, este autor, comentando el art. 1º de la derogada Ley N° 11.719 llega a manifestar que: “*La insolvencia sólo es el fundamento de la quiebra de derecho cuando se la confiesa*”<sup>39</sup>.

En esta corriente de pensamiento se ubica Raymundo FERNANDEZ<sup>40</sup>, quien no obstante sostener la equiparación entre ambos términos, reconoce la posibilidad de interpretación de la expresión “Cesación de Pagos” en dos sentidos. El primero de carácter restringido, literal y por tanto no asimilable a la Insolvencia económicamente considerada, sino como interrupción efectiva de los pagos y cumplimientos por parte del sujeto deudor. Y por otra parte, una interpretación amplia de los términos, a la cual adhiere y donde se aprecia la equivalencia respecto de la Insolvencia. Este autor destaca la posibilidad de distinguir entre supuestos de *cesación* de pagos y casos de *suspensión* de los mismos, según que la interrupción material de los abonos revista carácter definitivo y sin posibilidad de regu-

---

<sup>39</sup> GARCIA MARTINEZ, op. cit., p. 214

<sup>40</sup> “Creo haber demostrado que en el tecnicismo económico y jurídico los términos cesación de pagos, imposibilidad de pagar e insolvencia, lejos de calificar situaciones distintas, expresan un mismo estado: la impotencia económica del deudor para hacer frente puntualmente a sus compromisos” (FERNANDEZ, op. cit., p. 215)



larización futura, en el primer caso, o bien se trate de una cesación que presente un carácter meramente incidental, temporario, provisorio y por tanto subsanable a futuro, generalmente mediante la fijación de nuevos plazos de cumplimiento.

Asimismo, MIGLIARDI<sup>41</sup> efectúa una distinción, en torno a la nota de permanencia, definiendo la insolvencia como el estado de impotencia patrimonial exteriorizado, en tanto la Cesación de Pagos exteriorizaría dicho estado de insolvencia de carácter permanente.

Aquí también podemos ubicar a VAN NIEUWENHOVE<sup>42</sup>, quien considera a la insolvencia como un estado de incapacidad absoluta para afrontar el cumplimiento de las obligaciones, unido al cese de actividad y el desequilibrio aritmético entre activo y pasivo, en tanto la cesación de pagos resultaría una situación previa, de menor gravedad a la insolvencia, de impotencia patrimonial, sin los elementos adicionados a su concepción particular de la insolvencia.

Consideramos que es de una mayor puridad técnica y conceptual el reconocimiento de la diferenciación entre Cesación de Pagos y de Insolvencia, pues se trata de vocablos tendientes a la evocación de realidades de diversa naturaleza y características, no hallándose dichas diferencias limi-

---

<sup>41</sup> MIGLIARDI, Francisco N., *“Concursos y Procedimiento Concursal”*, 2da. Edición, De Palma, Buenos Aires, 1982, p. 13

<sup>42</sup> VAN NIEUWENHOVE, Pablo, “Insolvencia, Cesación de Pagos y Crisis de la Empresa. Soluciones Judiciales y Extrajudiciales”, *Revista de Derecho Comercial*, 1983, p. 563

tadas al reconocimiento de una mera cuestión de grados o jerarquía, en tanto ambas denotan realidades diversas, si bien generalmente relacionadas.

En tal sentido, la Cesación de Pagos, en una conceptualización simple, refiere a la imposibilidad o impotencia de atención tempestiva de las cargas de un patrimonio. Así, se presenta como una consecuencia de la administración patrimonial desarrollada por el sujeto considerado, consistente en la falta de atención en tiempo y forma de las obligaciones exigibles (vencidas), sin consideración necesaria de la situación patrimonial estática generalizada del patrimonio, esto es, independientemente de la existencia o no de desequilibrio aritmético, o superioridad del pasivo total respecto del activo, así como también deviene irrelevante a los efectos de su identificación la constatación referida a la continuidad o no del desarrollo de actividad alguna productora de recursos dirigidos a la atención de dichas cargas pasivas.

A diferencia de lo expuesto, el concepto de Insolvencia, tal como con claridad lo consigna PORCELLI<sup>43</sup>, se encuentra referido a la concurrencia

---

<sup>43</sup> “Se configura la insolvencia en la administración patrimonial de una persona como noción jurídica (especialmente relevante para el derecho concursal y la acción pauliana), cuando se reúnen estas condiciones inseparables: el pasivo es mayor que el activo; dicho pasivo es exigible y no hay ya expectativas de nuevos ingresos de manera suficiente en dicha administración (cese de la misma por cualquier razón). La conceptualización generalizada sólo pone énfasis en la primera condición que presupone implícitamente las dos restantes” y “Desde la óptica jurídica y solamente desde ella, el resultado es superavitario cuando el activo es de mayor magnitud que el pasivo y es deficitario en la hipótesis inversa, cuando el pasivo excede al activo. Puede también ser neutro cuando el activo y el pasivo son equivalentes... El resultado deviene relevante para la norma cuando es, a la vez,

de un pasivo patrimonial que excede cuantitativamente el activo total (es decir, un Desequilibrio Aritmético), unido a la circunstancia de encontrarse concluida definitivamente la actividad generadora de recursos.

Es así que la Insolvencia se presenta como imposibilidad de atención de la totalidad de las cargas patrimoniales, mediante el activo llamado a garantizar las mismas, sin que exista posibilidad en mayor o menor medida de incorporarse nuevos recursos, en virtud de haber cesado la actividad o administración tendiente a generar otros ingresos. Se presenta como una situación definitiva y en principio irreversible, de carácter eminentemente estático.

En contraposición, un sujeto sería Solvente tanto en caso de detentar una situación patrimonial en la cual el activo resulte mayor al pasivo, como así también en aquellos supuestos en que la exigibilidad de las obligaciones contraídas sea atendida en tiempo y forma mediante los recursos obtenidos producto del desarrollo de su operatoria o actividad normal no finalizada.

En virtud de lo expuesto, nada obsta a la posibilidad de constatación de un estado de Cesación de Pagos, sin importar necesariamente un estado de Insolvencia, pudiendo apreciarse en la práctica tales circunstancias, sin

---

deficitario y definitivo o inmodificable. Se le asignan entonces consecuencias jurídicas y se lo define como insolvencia, noción ésta jurídica y no contable.” (PORCELLI, Luis A., “**Régimen Falencial. Análisis Metodológico**”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 45 y 73)

que puedan estimarse “de laboratorio” los casos en que en el marco de procesos falenciales, fundados en la Cesación de Pagos del deudor, concluyen mediante el pago íntegro de los pasivos existentes en el patrimonio cesante, demostrando así la ausencia de uno de los requisitos esenciales de la Insolvencia, como es la superioridad numérica de los valores integrantes del pasivo respecto del valor de los bienes que conforman el activo del deudor fallido.

Ello, no obstante que en la práctica en la generalidad de procesos falenciales, el cesante se demuestra asimismo insolvente, siendo excepcionales los supuestos de conclusión mediante pago íntegro de las acreencias involucradas en el concurso.

Asimismo, cabe destacar que el autor anteriormente citado, reconoce un distinto campo de funcionamiento de ambos institutos, en tanto considera que el ámbito natural de aplicación de la Insolvencia reside en el derecho común, produciendo efectos jurídicos aún independientemente del derecho concursal, en tanto el concepto de Cesación de Pagos lo estima inescindible del régimen falimentario, careciendo de mayor relevancia fuera del mismo, a más de considerar también diversa la fecha de inicio de cada uno, ubicándose en el cese de la actividad del deudor (con un resultado patrimonial final negativo) el de la insolvencia, en tanto el comienzo de la cesación de pagos podrá ubicarse con anterioridad, en los momentos de exteriorización de la imposibilidad de cumplimiento tempestivo de las cargas patrimoniales.

Dicha distinción ha de tenerse presente toda vez que, si bien podrá presentarse como sutil, e incluso innecesaria en la mayoría de las oportunidades en la práctica tribunalicia, deviene significativa en torno a los efectos jurídicos asociados a ambas situaciones, toda vez que la Insolvencia, si bien suficiente, no es condición necesaria a los efectos de la apertura de procesos concursales dentro del ordenamiento concursal argentino, basando al efecto, la mera constatación del estado de Cesación de Pagos.

Asimismo, para la procedencia de ciertas acciones de recomposición del patrimonio cesante, no bastará la constatación de la Cesación de Pagos, sino que deberá adicionarse una verdadera situación de Insolvencia, dado que carecería de sustento la pretensión de lograr la revocación de actos en tanto el activo sea suficiente a los efectos del pago íntegro de la totalidad del pasivo concurrente, por cuanto no existiría interés jurídico tutelable afectado por un acto que si bien ha disminuido la garantía patrimonial, no ha generado perjuicio, en tanto no se ha visto afectada la finalidad última del ordenamiento legal en materia obligacional: la atención del pago íntegro de las deudas. Ello, aunque haya existido un estado de cesación que motivó el desarrollo de un proceso concursal.

No obstante adherir a las concepciones que destacan la existencia de diferencias técnicas entre los conceptos analizados, aún considerando necesario el deslinde de los límites presentados por cada situación denotada por los términos empleados, a los efectos del presente trabajo, salvo acotación en contrario, se emplearán los términos Cesación de Pagos e In-

solvencia, como sinónimos, en virtud que ésta postura es más ajustada a nuestro particular sistema jurídico, siendo que la legislación Argentina en materia concursal asimila ambos términos, alternando entre ellos, en un empleo indistinto, si bien gozando actualmente el concepto de Cesación de Pagos de un empleo más generalizado por parte del legislador.

Ello no empece a nuestra tesis que a los fines de un auténtico proceso concursal preventivo, se admita su apertura, en caso de inminencia del estado de cesación de pagos, como precisaremos oportunamente.

#### 8.6. Pérdida de Capital Social.

Finalmente, en los supuestos en que la Insolvencia afecta patrimonios correspondientes a Personas de Existencia Ideal, corresponde diferenciar la Cesación de Pagos o Insolvencia, del supuesto de Pérdida del Capital Social, atento su diversa conceptualización y naturaleza.

Cabe destacar que la pérdida de capital social consiste esencialmente en la reducción del patrimonio neto, motivada en las pérdidas sufridas en el ejercicio económico, detentando naturaleza jurídico-contable, en tanto la insolvencia se caracteriza por un estado del patrimonio social, consistente en la imposibilidad de atención regular de las obligaciones exigibles y por tanto de naturaleza económica.

En virtud de lo manifestado, corresponde mantener la distinción entre ambos supuestos, atento la diferencia existente en materia de requisitos de configuración y de efectos normativamente asignados a cada uno de ellos, no procediendo la identificación de los mismos.

Ello, naturalmente, a pesar de la habitual vinculación entre ambas, por cuanto habitualmente notorias pérdidas de capital social preceden o concurren con la gestación de la Insolvencia Patrimonial del sujeto colectivo.

Esta realidad es indicativa, que en la mayoría de los procesos concursales preventivos, no se obtenga una auténtica solución para la empresa en crisis y menos aún para los acreedores y la fuente de trabajo.

Nuestra propuesta, al permitir adelantarse a situaciones como las que describimos, hará factible en mayor número de supuestos, arribar a acuerdos que conformen a los plurales y complejos intereses que confluyen en el Concurso Preventivo.

## **9. SISTEMATIZACION DEL PRESUPUESTO OBJETIVO.**

Como se ha expresado anteriormente, la definición del presupuesto objetivo a los efectos de la procedencia de los procesos concursales, ha resultado una de las cuestiones de más álgido debate, habiendo derivado en una infinidad de posibles interpretaciones, algunas ubicándose en postu-

ras opuestas en forma extrema, y en otros casos existiendo meras diferencias terminológicas.

Esta diversidad y multiplicidad de criterios adoptados para definir, qué habrá de entenderse al hacer referencia a la Cesación de Pagos, ha llevado a la pretensión de sistematizar las diversas doctrinas elaboradas, pudiendo atribuirse a RAYMUNDO FERNANDEZ en nuestro ámbito nacional, uno de los esfuerzos más acabados y detallados al efecto.

Este autor -que desarrolla una posición luego adoptada por la generalidad de la doctrina nacional-, ha elaborado una clasificación tripartita de los conceptos de Cesación de Pagos, identificando dos posturas extremas, denominada la primera como Teoría Materialista, atento su asimilación de la Cesación con el hecho del incumplimiento. La otra recibe el nombre de Teoría Amplia, ubicada en el extremo opuesto a la materialista, al caracterizar la Cesación como un “estado” patrimonial exteriorizado por una serie de hechos (reveladores).

En tercer lugar, distingue las que ha llamado “Teorías Intermedias”, en las que incluye a aquellos autores que consideran la Cesación como “estado”, pero que sólo puede manifestarse mediante incumplimientos (hechos).

Dichos criterios son producto del análisis del término, influyendo numerosos factores, no siendo menor la consideración de las normas contenidas en los ordenamientos concursales vigentes en cada Estado. Cues-



ción ésta última de la que no puede abstraerse totalmente el estudio doctrinario, sin peligro de elaborar una construcción meramente abstracta y desvinculada de la realidad comercial que está llamado a regular el derecho concursal.

A los efectos de la investigación de la hipótesis propuesta, deviene menester analizar las diversas concepciones elaboradas en torno al objeto del presente trabajo.

Para ello se recurrirá a la clasificación tripartita antes descrita, sin que ello obste al tratamiento de posturas particulares cuyo encuadre en dicha clasificación no sea posible, en virtud de las características únicas y diferenciales que presentan.

Es evidente la importancia práctica que la adopción de uno u otro criterio y/o concepción particular detenta, destacándose que en la actualidad son mayoritarias las legislaciones que establecen la “cesación de pagos” como presupuesto de apertura de los procesos concursales establecidos en las mismas.

En la determinación del significado de la expresión bajo tratamiento, resulta esencial el análisis de los desarrollos doctrinarios efectuados, en virtud que, como bien lo expresa GARCIA MARTINEZ: *“La fórmula general ‘cesación de pagos’ no es una noción legislativa, sino un concepto*

*técnico-jurídico que la doctrina ha creado; de ahí que no pueda tener en la ley de quiebras un sentido distinto al doctrinal”<sup>44</sup>.*

Un análisis detenido de esta fórmula general nos lleva a sustentar la tesis de que ha llegado el momento de ampliarla con otro concepto, acorde con la finalidad del concurso preventivo.

#### 9.1. Teoría Materialista:

Es necesario recurrir en primer término al análisis de la llamada Teoría Materialista, en virtud de tratarse históricamente de la primera elaboración del presupuesto objetivo de los procesos universales *inter-vivos* – *concursoales*-, conforme se destacara en el capítulo pertinente del presente trabajo, si bien en sus inicios no fue producto de una elaboración sistemática, sino de las normas reguladoras de las relaciones obligacionales y de sus consecuencias prácticas ante supuestos de pluralidad de sujetos acreedores de un mismo deudor.

Surge así la primera postura en a la condición habilitante del tránsito de los procesos concursales, que la identifica con el hecho del mero incumplimiento, es decir con la interrupción material y efectiva del pago de una obligación.

No obstante lo señalado en cuanto a su aplicación práctica remota, los antecedentes del desarrollo sistemático del Incumplimiento como pre-

---

<sup>44</sup> GARCIA MARTINEZ, op. cit., p. 213/214.

supuesto de la falencia se encuentra en los autores y jueces franceses, con motivo de la aplicación de los términos expresos y terminantes del Código de Comercio de 1807 y la Ley de Reforma de 1838.

Puede señalarse, como más claro y destacado expositor de la presente corriente, al profesor italiano Leone BOLAFFIO, quien rechazara la idea de negar al incumplimiento de una obligación, la entidad suficiente para considerar al deudor como incurso en causal de cesación de pagos, por cuanto en su entendimiento no habría diferencia alguna entre los conceptos de “incumplimiento” y “cesación de pagos” o “insolvencia”. Así, ante la falta de pago de una deuda y de oposición de excepciones válidas, el deudor se hallará cesante en sus pagos y el juez, a efectos de la apertura del proceso concursal, habrá de sujetarse al hecho del incumplimiento<sup>45</sup>.

En la doctrina nacional, puede citarse en similar orientación al doctor Manuel OBARRIO, quien manifestara que “el estado de quiebra se caracteriza por la circunstancia de dejar un comerciante de cumplir sus compromisos, de hacer frente a sus créditos pasivos. Esto es un hecho...”<sup>46</sup>.

Se ha considerado que dicho incumplimiento, para ser considerado suficiente a los fines de la apertura del proceso concursal, deberá reunir cuatro condiciones básicas: 1) que la obligación se encuentre vencida; 2) Que la intimación de pago provenga de un acreedor que goza de acción; 3)

---

<sup>45</sup> BOLAFFIO, L. y MASE-DARI, E. “*Del Fallimento*”, Tomo I, Turín, 1892-95, N° 6, 7, 8.

<sup>46</sup> OBARRIO, Manuel, “*Estudio sobre Quiebras*”, Tomo I, Buenos Aires, 1926, N° 6.

La mora del obligado; 4) acreditación por parte del acreedor de la inexistencia de prórrogas consentidas del cumplimiento.

En forma sintética, para los sostenedores de esta concepción, la cesación de pagos es un hecho y este hecho es el incumplimiento. La cesación es un sinónimo del incumplimiento y viceversa, adoptando así el término en su interpretación más literal.

Lo expuesto es el núcleo común a todas las elaboraciones que se agrupan bajo esta corriente. No obstante ello, esta posición básica respecto de la identificación de la Cesación de Pagos con el incumplimiento, ha dado lugar a la elaboración de diversas posturas, con variantes sobre aspectos menores, pero de consecuencias relevantes en su aplicación práctica.

En este orden de ideas, se ha debatido si el incumplimiento habilitante del concursamiento ha de recaer sobre obligaciones de naturaleza comercial, o si el de cualquier tipo de obligación resultaría suficiente a estos efectos.

También se ha sostenido la ineficacia a estos fines, del incumplimiento de obligaciones ínfimas, o de montos mínimos, por parte de autores que buscaron dar un marco de razonabilidad a la aplicación del instituto, evitando la apertura de procesos universales ante supuestos de créditos irrisorios, con las consecuencias negativas que ello supondría.

Pero idéntico criterio fue empleado por otra parte de la doctrina como forma de sostener que con más razón ha de procederse a la apertura

del proceso concursal en caso de incumplimientos de montos reducidos, toda vez que los mismos demuestran con mayor claridad la situación crítica del patrimonio del deudor.

Otro punto de discordancia entre los autores de esta corriente ha girado en torno a la procedencia de la interposición de excepciones legítimas por parte del deudor contra el reclamo formulado, a fin de de enervar la procedencia de la apertura del proceso. Así, fue entendido por la generalidad de los sostenedores de estas teorías materialistas, que el incumplimiento configurativo del presupuesto objetivo es aquel de carácter injustificado, en tanto quien incumple fundadamente, mediante la oposición de excepciones legítimas, no se encontraría incurso en cesación de pagos, pues de permitirse el concursamiento de quien válidamente no ha pagado, daría lugar a notorios abusos de la figura.

Mas esta posición no fue unánime, pudiendo señalarse la postura asumida por ORIONE<sup>47</sup> encontrándose vigente la Ley N° 11.719, así como por alguna jurisprudencia aislada, quienes sostuvieran que todo incumplimiento y no obstante las razones por las que se produjera el mismo, importa causal suficiente para tener por acreditado el presupuesto en cuestión.

---

<sup>47</sup> ORIONE, F., “Exposición y crítica de la ley de quiebras. La quiebra”, Tomo I, Buenos Aires, 1934, p. 69

Ventajas: La mayor ventaja que trae aparejada esta forma de concebir la Cesación de Pagos, puede ser hallada en la claridad de su definición y las mayores y mejores posibilidades de su acreditación, atento la facilidad de la prueba del mismo tratándose de un hecho claramente exteriorizado, falta de ambigüedad y de necesidad de recurrir a indicios. Es decir, la simplificación de los trámites a los efectos de determinar su presencia.

La cesación de pagos, como hecho consistente en el incumplimiento, presenta un sentido unívoco que, más allá de ciertas discrepancias, resulta fácilmente comprensible y apreciable, presentando por ende, mayor facilidad su acreditación en sede judicial.

Asimismo, reafirma o realza la importancia del cumplimiento en debido tiempo y forma de las obligaciones contraídas, para el funcionamiento correcto del crédito dentro de toda sociedad y en particular respecto de los empresarios.

A mayor abundamiento, se ha argumentado que el incumplimiento habitualmente es el hecho más relevante demostrativo de la situación en que se halla el deudor, en virtud de su fuerza convictiva y por encontrarse vedadas las investigaciones en la documentación y del patrimonio del deudor.

Críticas: Las ventajas que pudiera representar esta postura doctrinaria, aun en sus variantes más moderadas, no llegan a adquirir una signifi-

cación suficiente que compense las desventajas e inconvenientes que la misma generaría en la práctica concursal.

Cabe destacar nuevamente aquí que la Cesación de Pagos y el Incumplimiento son vocablos *diferenciados, no coincidentes* en sus elementos constitutivos y cuyas consecuencias y formas de tutela resultan discordantes. Sostener lo contrario supondría un patente desconocimiento del origen y de los fundamentos de los procesos concursales, atento las diversas finalidades perseguidas respecto de los procesos de ejecución individual.

Acordar al mismo hecho del incumplimiento dos medios de tutela jurídica distintos, como son la ejecución individual y el proceso concursal de carácter universal y colectivo, con las notorias diferencias derivadas de su correspondiente aplicación, resulta incongruente y contraproducente, dejando librado al mero arbitrio el acreedor la elección de la vía concursal como medio de cobro coactivo de su acreencia individual, desvirtuando así la finalidad particular prevista para este tipo especial de procedimientos.

El incumplimiento, único o plural, no resulta *a priori* suficiente para el inicio de un proceso concursal, si bien podrá servir a los fines de apreciar el estado de insolvencia del deudor, que es el supuesto verdaderamente determinante de estos procesos.

En nuestra tesitura respecto al concepto de inminencia como remedio a la situación planteada, se innova en la consideración del presupuesto objetivo.

Ello así, toda vez que el incumplimiento es un hecho y como tal, ambiguo en su interpretación, pues si bien en la generalidad de los casos la insolvencia será la causa del mismo -y aun más dicho incumplimiento se mostrará como el hecho o uno de los hechos exteriorizantes más habitual y patente de la situación patrimonial de Insolvencia-, puede suceder el acaecimiento de una falta de pago, sin insolvencia o impotencia patrimonial alguna. Es decir, el incumplimiento puede responder a una pluralidad de causas distintas a la imposibilidad de atender al pago de la obligación.

Puede haber incumplimiento sin cesación de pagos.

Por otra, la falta de incumplimientos efectivos por parte del deudor, no se traduce necesariamente en ausencia de insolvencia o impotencia de su patrimonio. Son numerosas las ocasiones en que dicha situación de crisis profunda del patrimonio se encuentra en gestación (cuando no efectivamente configurada) con antelación a la producción del cese efectivo en el pago, pudiendo haber dado lugar a la realización de actos exteriores de carácter revelador de una verdadera situación de imposibilidad de cumplir en tiempo y forma, la cual se pretende ocultar mediante maniobras o mecanismos en ocasiones ruinosos y de mayor significación para acreditar la verdadera situación patrimonial del obligado. Es posible y habitual, la



constatación de un estado de Impotencia Patrimonial, sin presencia de incumplimiento alguno.

Insolvencia e Incumplimiento no son vocablos sinónimos; antes bien sus respectivos significados difieren en tal modo que no cabría darse una conceptualización de los mismos que admita su similitud. Ambos refieren situaciones distintas y así lo ha entendido numerosa doctrina<sup>48</sup>.

La principal consecuencia práctica de carácter negativo que ha aca-  
reado la consideración restringida del concepto de “cesación de pagos”,  
consiste en la utilización de los mecanismos falenciales, por parte de  
acreedores inescrupulosos, como una vía de obtención de cobro coactivo y  
ejecutivísimo de sus créditos individuales, persiguiendo la satisfacción de  
sus créditos por parte del deudor, que contando con fondos y eventuales  
excepciones se vería frente a la amenaza de la aplicación de la normativa  
concurzal y el perjuicio para el desarrollo de sus negocios que ello su-  
pondría.

Asimismo, se ha destacado la posibilidad de utilización fraudulenta  
de los mecanismos concursales por parte del propio deudor, a los fines de

---

<sup>48</sup> En dicho sentido, ha expresado MESSINEO: “Puede haber cumplimiento y, sin embar-  
go existir insolvencia, así, cuando el deudor por medios ruinosos se ponga en la condición  
de cumplir, no puede decirse ciertamente que sea incumplimiento y, sin embargo es in-  
solvente, por que la situación objetiva de su patrimonio no le permitiría cumplir, tanto  
que, para hacerlo, tiene que recurrir a medios extraordinarios, el recurrir a éstos incluso,  
agrava su situación. Por el contrario puede haber incumplimiento y no necesariamente  
insolvencia, así cuando el deudor se niegue a ejecutar algún pago, a base de excepciones  
que, de buena fe, crea él fundadas o cuando no esté en situación de cumplir por mo-  
mentánea indisponibilidad de cantidad líquida de medios económicos, aun disponiendo  
de ellos en cantidad suficiente” (Messineo, Franciso, "**Manual de Derecho Civil y  
Comercial**", t. IV, p. 290).

perjudicar los legítimos intereses de sus acreedores, de permitirse su empleo frente a supuestos en que no exista verdadera insolvencia, habiéndose visto en ocasiones el uso (y abuso) de los efectos del proceso concursal a fin de paralizar posibles ejecuciones de bienes de titularidad del pretense cesante<sup>49</sup>.

De lo expuesto se extrae esta interpretación lleva a la desnaturalización del proceso, mediante el desconocimiento de sus orígenes históricos y sus fundamentos básicos, pecando por exceso, al habilitar la vía concursal ante supuestos en que no existe el desequilibrio económico patrimonial que lo justifique; mientras en otros casos, deviene insuficiente, dado que impide la constatación del presupuesto objetivo en forma previa al acaecimiento del primer incumplimiento no obstante tratarse de situaciones donde la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones surja patente de una pluralidad de hechos distintos al incumplimiento, dando lugar a injustas situaciones de indefensión, tanto de acreedores como de deudores.

---

<sup>49</sup> “Existe el temor de que autorizar la vía concursal a quien no se encuentra en cesación de pagos significaría abrir la puerta al abuso.” (MACIEL, Hugo D., “**La cesación de pagos en la ley de quiebras 24.522**”, publicado en LA LEY1997-D, p. 1280)

## 9.2. Teoría Intermedia:

Producto del estudio de la conceptualización reseñada y de la apreciación de las debilidades y críticas de que era objeto la misma, que resultaron relativamente generalizadas entre la doctrina y jurisprudencia, se desarrolló una nueva corriente de pensamiento e interpretación del concepto, que en posteriores clasificaciones fue identificada como “Intermedia” (por contraposición a las teorías “extremas”, sean éstas materialistas o amplias).

Partió de la idea central de la diferenciación de la cesación de pagos, respecto del hecho del Incumplimiento, en virtud de reconocer que éste puede obedecer a causas diversas, pudiendo o no ser consecuencia de una crisis económico patrimonial, correspondiendo al órgano jurisdiccional la determinación de la causa motivante del mismo.

Así, los sostenedores de esta concepción definieron la Cesación como un estado y no ya como un hecho, destacando que uno o varios incumplimientos en que pueda incurrir un sujeto pueden no significar una situación de Insolvencia justificante de la apertura de un proceso concursal.

Deja de definirse la Cesación de Pagos como la interrupción efectiva del cumplimiento puntual de una o más obligaciones del deudor, para pasar a conceptualizarla como un estado patrimonial el cual se revela mediante incumplimientos, los cuales presentan el carácter de indicios o hechos reveladores del estado de cesación.

Esta Teoría ha sido desarrollada principalmente entre la doctrina extranjera, sin contar con mayores adherencias en nuestro ámbito local. Podemos citar como autores representantes de esta corriente, entre otros, a PARODI<sup>50</sup>, CALAMANDREI<sup>51</sup>, o HUMBLET<sup>52</sup>.

Ventajas: Destacando que la Cesación de Pagos consiste en un Estado de Desequilibrio de un Patrimonio, avanza en la separación respecto del incumplimiento, si bien no totalmente.

Sobre las bases sentadas por la teoría materialista, solventando las críticas referidas a los excesos que permitiría la misma, reconociéndose que si bien el incumplimiento resulta un indicio central y necesario a los efectos de la constitución de dicho estado, pone de resalto que no todo incumplimiento resulta suficiente por sí mismo a los efectos de la configuración del presupuesto.

A los efectos que un incumplimiento reúna entidad suficiente a fin de la apertura de un proceso concursal, al mismo se le exige que suponga la exteriorización un estado de impotencia del patrimonio del obligado, de cierta permanencia y generalidad.

Se limita en cierta medida la utilización del instituto concursal como forma de cobro coactivo individual, en aquellos casos en que si bien se pre-

---

<sup>50</sup> PARODI, L., "*Lezioni di Diritto Commerciale*", Tomo I, Génova, 1854, p. 154

<sup>51</sup> CALAMANDREI, "*Il Fallimento*", 2da Edición, Florencia, 1893/4, N° 5 y ss.

<sup>52</sup> HUMBLET, "*Traité des Faillites et Banquerouttes*", Bruselas, 1880, N° 22.

senta el hecho del incumplimiento, no resulta configurado el estado de insolvencia patrimonial.

Críticas: No obstante el avance que supuso el planteo de esta doctrina pueden reiterar en relación a la misma, muchas de las críticas que se le efectuaran a las corrientes materialistas.

En particular, la limitación que la misma implica, en virtud de la exigencia de la exteriorización del estado en estudio exclusivamente mediante uno o más incumplimientos, impidiendo de esta forma la apertura de procesos concursales en casos que su exteriorización se ha producido efectivamente, si bien mediante hechos distintos pero igualmente inequívocos y claros en torno a la revelación de una verdadera situación de insolvencia, en forma previa al acaecimiento del primer incumplimiento, postergando indebidamente la tutela ofrecida por el derecho concursal, con los perjuicios que ello apareja.

Ello fundamenta nuestra tesis, toda vez que esta concepción no permite la obtención de soluciones verdaderamente preventivas, al exigir la concreción efectiva del cese del pago de las obligaciones, sin habilitar las vías concursales en las etapas previas del estado de quiebra, generalmente evidenciado por hechos distintos a la falta de pago.

Por otra parte, desconoce las prácticas y costumbres históricas en la materia específica de la quiebra, pues ha sido habitual desde antaño, la habilitación de las ejecuciones universales de bienes frente a casos tales

como, la fuga del deudor, o la rotura del banco en la plaza comercial, entre muchos otros, de naturaleza distinta al hecho del incumplimiento.

#### **10. LA TEORÍA AMPLIA DE LA CESACION DE PAGOS:**

Como corriente superadora de las anteriores, fue desarrollándose una nueva forma de comprender la cesación de pagos, ampliando su campo de acción y adaptándolo a las necesidades y la dinámica de la realidad comercial, desvinculando progresivamente este concepto del Incumplimiento.

En nuestra doctrina ha correspondido al Dr. Raymundo FERNANDEZ la defensa y desarrollo más acabado y profundo de esta interpretación de la Cesación de Pagos.

Éste, admite la posibilidad de asignar dos significaciones a tal vocablo. En primer término, en un sentido literal y restringido, como sinónimo de Incumplimiento, como un cese en el pago de una obligación. Y por otra parte, con carácter Amplio, como sinónimo de Impotencia Patrimonial, Imposibilidad de Pagar, Insolvencia, o Desequilibrio Económico.

En dicha orientación amplia, se parte del entendimiento que el cumplimiento regular de las obligaciones, como afirma MAFFIA, consiste

en cuatro condiciones: 1. Pagar al vencimiento; 2. En la especie debida; 3. Con medios ordinarios; 4. A todos los acreedores<sup>53</sup>.

Ello, en coincidencia parcial con lo sostenido por Alfredo ROCCO quien señalara tres factores determinantes del estado de insolvencia o quiebra económica: a) el monto de los valores que constituyen el activo patrimonial; b) la realizabilidad de dichos valores; c) y la exigibilidad de las deudas que gravan ese activo.

Asimismo, este autor, citando al maestro YADAROLA expresa que “la insolvencia, dice YADAROLA, es el estado de desequilibrio económico que consiste en que el deudor no tenga a su disposición los medios necesarios para atender el pago de las obligaciones en el momento en que éstas son exigibles; para determinar si una persona se encuentra en estado de insolvencia, no basta tener en cuenta el valor de sus bienes, sino la posibilidad de su realización en el momento en que debe cumplir obligaciones, e igualmente no debe considerarse el monto de sus deudas, sino su exigibilidad”<sup>54</sup>.

Así, para esta orientación, el presupuesto objetivo consiste en el estado patrimonial en que se encuentra un sujeto imposibilitado de reunir dichas condiciones de cumplimiento.

---

<sup>53</sup> MAFFIA, Osvaldo J., "Aspectos de la nueva ley de concursos (IV). El estado de insolvencia como presupuesto sustancial inamovible", LA LEY, 1996-D, p. 996.

<sup>54</sup> ROCCO, Alfredo, “Il Fallimento. Teoría Generale de Origine Storica”, Turín, 1917, p. 7

De ésta forma lo ha caracterizado el doctor Ramón CASTILLO quien expresara que: “la cesación de pagos es un estado de hecho de mayor o menor duración, una situación compleja, que se revela por diversas circunstancias, generalmente por la imposibilidad de cumplir las obligaciones comerciales con los recursos normales...”<sup>55</sup>.

CHIAVASSA y DI TULLIO, por su parte, señalan que la Cesación de Pagos: “Es la situación de endeudamiento y de exigibilidad inmediata que no puede ser afrontadas normalmente con el producido de la actividad económica, ya sea por falta de generación de flujos de fondos necesarios para cubrir sus costos y pagar sus deudas o por la pérdida del crédito comercial necesario para continuar operando”<sup>56</sup>. Asimismo, destacan estos autores, entre las características esenciales del mismo, la insuficiencia del activo disponible para la atención del pasivo corriente, la falta de una estructura de tesorería para asegurar los pagos y la ausencia de crédito.

Pero el autor emblemático de esta concepción en nuestro derecho es, sin lugar a dudas, el maestro Raymundo FERNANDEZ, quien sintetiza el concepto de la Cesación de Pagos en la forma expuesta en el capítulo primero del presente trabajo, como el estado de aquel patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que lo gravan.

---

<sup>55</sup> CASTILLO, Ramón S., “*La Quiebra en el Derecho Argentino*”, Tomo I, Editorial TAEL, Buenos Aires, 1940, p. 71

<sup>56</sup> CHIAVASSA, E. N, DI TULLIO, J. A., “Subsistencia de la cesación de pagos en el concurso preventivo frente a la homologación del acuerdo. La posible revocación de la sentencia de apertura del concurso preventivo”, publicado en Suplemento de Concursos y Quiebras 2004 (noviembre), Ed. La Ley, 02/11/2004, p. 11.



### 10.1. Esencia del concepto:

Dicha definición general, debe ser analizado en sus distintos elementos esenciales componentes, cuanto menos someramente, a fin de dilucidar los alcances y límites que presenta.

Cabe aclarar que la Cesación consiste en un **Estado Patrimonial** y no de un mero hecho, a diferencia de lo sostenido por la teoría materialista.

Se trata de una situación económica y fáctica, de carácter complejo, no pudiendo reducirse su causa a un hecho particular y definido, sino que su perfeccionamiento resultará de una pluralidad de circunstancias y causas concomitantes. En virtud de ello y a fin de evitar indebidas intromisiones en el ámbito interno de las relaciones del sujeto concursable, se exige que se trate de un estado exteriorizado. Es decir que salga de la esfera exclusivamente interna, y se manifieste en el ámbito de la realidad negocial.

Es en tal sentido que esta concepción también se diferencia de la llamada Intermedia, en tanto en la presente son admitidos todo tipo de hechos como reveladores del Estado Patrimonial de Impotencia. No corresponde por ende la limitación de dicha exteriorización exclusivamente al incumplimiento, pudiendo presentarse la Insolvencia sin el acaecimiento de incumplimiento efectivo alguno. Aunque debe reconocerse que, si bien el incumplimiento no configura *per se* el estado de insolvencia, habitualmente resulta el hecho demostrativo más típico y habitual de la crisis

patrimonial del deudor, correspondiendo su valoración judicial en cada caso en concreto.

Aclarado ello, esta corriente destaca que no todo estado de impotencia patrimonial configura el presupuesto objetivo sino que el mismo, para su consideración como habilitante de la vía concursal, debe presentar cierto grado de “generalidad” y de “permanencia”.

La **generalidad**, significa un estado tal que afecte la situación económica global del deudor, tanto en forma actual como potencial, frente a sus obligaciones, incluso aún no vencidas.

Pero este extremo no ha de ser entendido en forma tal de exigirse una imposibilidad del cumplimiento de la totalidad de las deudas presentes y de vencimientos futuros que gravitan sobre el patrimonio. Entenderlo así permitiría evitar la conformación del presupuesto objetivo mediante el sencillo recurso de cumplir las obligaciones de menor monto, quizá ínfimas frente al pasivo total involucrado, burlando de esta forma las expectativas de los restantes acreedores.

Tampoco ha de entenderse como una referencia a la cantidad de incumplimientos en que debe de incurrir el sujeto, toda vez que podrá configurarse la Cesación sin dejar de abonar deuda alguna.

En conclusión, lo que pretende consignarse con este requisito es que dicho estado patrimonial deberá reunir una entidad tal que perjudique globalmente las expectativas de cumplimiento de sus pasivos, demostrando

do un quebrantamiento del crédito de que pudiera gozar el afectado. Se hace referencia a la impotencia del activo del patrimonio del deudor en su conjunto para hacer frente a las obligaciones asumidas.

Otro rasgo esencial del estado de cesación de pagos es la **permanencia** (por oposición a transitoriedad) que ha de presentar dicho estado. Ello, sin significar absoluto, o requerir perpetuidad a la situación de crisis.

El núcleo de este requisito consiste en diferenciar las situaciones de verdadera insolvencia, de aquellos casos de meros inconvenientes o de iliquidez momentánea, transitoria o de solución en un plazo relativamente breve.

La exigencia de perpetuidad (o de permanencia absoluta) se mostraría excesiva, pues ello importaría efectuar una prognosis de la situación patrimonial que excedería el marco de conocimiento propio de un proceso de tipo concursal. Por otra parte sería de difícil sostenimiento, atento que resulta humanamente imposible la determinación de irreversibilidad absoluta de la impotencia patrimonial.

Tampoco ha de extraerse de tal carácter, a predicar la necesidad de una situación de desequilibrio aritmético del patrimonio a los efectos de acreditar el presupuesto objetivo (como ya se explicara anteriormente).

Otro aspecto a analizar a los efectos de constatar el presupuesto, es el referido a la **regularidad de los medios** empleados por parte del deudor en la atención de los compromisos. Ello es así toda vez que el pago

(u otra forma de atención o postergación de las obligaciones) que obsta a la Cesación de Pagos es el efectuado por medios regulares y oportunos (tiempo y forma).

No todo cumplimiento o posibilidad de cumplimiento resulta eficaz a tales fines, pues de lo contrario bastaría con el empleo de recursos provenientes de operaciones ruinosas, o reñidas con la moral, o incluso normal o correcta administración de los propios negocios, las cuales lejos de aventar las sospechas sobre la impotencia del patrimonio para atender sus cargas, no harían más que reafirmar la crisis del patrimonio.

Actualmente se pone el acento en los *medios* con los cuales se hace posible el cumplimiento de las obligaciones, requiriéndose la regularidad de los mismos. Este elemento está vinculado con la *realizabilidad* de los bienes y con la *disponibilidad* de crédito normal. Se desestima la consideración de bienes de difícil realización, o con destino diverso a la atención de obligaciones, en orden a su habilidad para desacreditar la insolvencia, por no ser ellos medios *corrientes* de pago.

Naturalmente, integra los “medios regulares” el crédito *normal* o *usual*, resultando generalmente la pauta de estimación de dicha regularidad, la onerosidad del mismo, en su confronte con las condiciones promedio del mercado financiero al tiempo de análisis; se rechaza el crédito usurario, o aquel que para su otorgamiento requiere de condiciones o garantías excesivamente gravosas.

Reviste así gran importancia, no solo la liquidez de los activos con que cuente un sujeto, sino también la realizabilidad de los mismos, toda vez que no estando líquidos, si los mismos resultan fácilmente realizables, éstos permitirán la solventación de las deudas exigibles. Sin embargo, existe un límite esencial en este punto, el cual estará dado por la posible lesión a la “pars conditio creditorum”, resultante de la liquidación de activos.

Otro elemento de necesaria consideración a los fines de determinar la presencia de este elemento de la conceptualización amplia de insolvencia, según diversos autores, es la posibilidad que tiene el deudor de recurrir al crédito.

No todo crédito resultará idóneo, debiendo limitarse la consideración al que resulte ordinario o usual en la plaza bancaria o comercial, en confrontación con aquellos de créditos de tipo abusivo o usurario. En el caso contrario, nos encontraríamos ante supuestos de abuso del crédito, que antes que aventar las sospechas de una situación de desequilibrio, las reafirman y exteriorizan.

Asimismo, la impotencia ha de estar referida a las **obligaciones exigibles**. Se señala así la diferencia existente respecto del criterio aritmético de conceptualización de la insolvencia. No interesa, a los efectos de la acreditación de la Cesación de Pagos, la confrontación entre el activo total y el pasivo total que constituye el patrimonio de un sujeto determinado, en una confrontación meramente estática. No importa la posibilidad de satis-

facen en todo momento la totalidad de las obligaciones, sino solamente aquellas que resultan actualmente (o en el corto plazo) exigibles.

Para la normativa y doctrina imperantes, el desequilibrio justificante del tránsito de un proceso concursal debe ser analizado con un criterio dinámico, acorde con los intereses del comercio y la realidad del crédito. Al acreedor no le servirá que el activo de su deudor exceda a su pasivo, en tanto el mismo no resulte útil para atender el pago puntual de lo que se le adeuda, en virtud de la iliquidez de los bienes que lo componen.

Se pretende la correspondencia entre los recursos fácilmente disponibles por parte del deudor y las obligaciones exigibles a afrontar por éste, de forma que se encuentre en condiciones de cumplir en tiempo y forma.

Finalmente cabe tener por reiterado aquí lo anteriormente expuesto en el apartado pertinente, acerca de la **Innecesaridad de Pluralidad de Acreedores**, es decir que no resulta un requisito para la constitución de este estado de Cesación, la multiplicidad de acreedores.

La solución concursal y los efectos correspondientes, no podrán depender de la composición del pasivo del sujeto cesante. El número de acreedores existentes resulta un dato en principio irrelevante. De ser exigido podría derivar en permitir maniobras fraudulentas, tendientes a burlar la aplicación del instituto, en cuyo normal funcionamiento están interesados una pluralidad de intereses tanto privados como públicos, viéndose involucrado el crédito general de una economía.

## 10.2. Ventajas de la concepción amplia:

Ésta, surgió como respuesta a los cuestionamientos efectuados a las teorías materialistas e intermedias, y por tanto se presenta como una forma de superación de las situaciones disvaliosas que pudieran plantearse en la práctica en caso de adopción de las mismas.

Así es la que mejor ha respondido **hasta la actualidad**, al origen y fundamento del derecho concursal, respetando sus particularidades y características diferenciales, cuya superación persiguen los procesos concursales, sin confundir el mismo con institutos diferentes; en particular con el hecho del incumplimiento.

Se destaca la satisfacción que dicha fórmula general ha ofrecido –a nuestro entender en forma insuficiente- a las necesidades económicas derivadas de la realidad negocial, otorgando flexibilidad y adaptabilidad suficiente a efectos de su evolución y encuadre a multiplicidad de situaciones diversas, sin necesidad de recurrir a una excesiva casuística, que nunca podría abarcar todo supuesto de posible acaecimiento. Al brindarse una fórmula general, se permite su adecuación a las particularidades del ámbito social en que habrá de ser aplicado, así como su apreciación detenida por parte del juzgador al momento de su aplicación.

Ello no obsta a que ha menester perfeccionarla.

Por otra parte, es en el ámbito práctico donde fácilmente se aprecia la utilidad de esta forma de definición del presupuesto objetivo (pese a que nuestra aspiración es que se la supere).

En efecto, al disociarlo del mero incumplimiento, podrá procederse a la apertura de los procesos concursales pertinentes, sin postergación innecesaria de las pretensiones en dicho sentido. **No es necesario que acaezca incumplimiento alguno** para su constatación, disminuyendo por tanto el período comprendido entre la gestación de la Insolvencia y la posibilidad de apertura de concurso.

Se podrá proceder así desde la fecha de producción de los primeros hechos exteriorizantes de la misma, que suelen anticiparse considerablemente a la fecha de producción del primer incumplimiento efectivo.

### 10.3. Críticas y Dificultades del concepto amplio. Hipótesis:

La generalidad de las críticas de las corrientes doctrinarias clásicas, dirigidas contra esta conceptualización del presupuesto objetivo, se han centrado principalmente en la dificultad de acreditación del estado de Cesación de Pagos, en virtud de su carácter complejo y de causación múltiple, dando lugar a la producción de arbitrariedades por parte de los órganos llamados a decidir sobre su acreditación, pudiendo producirse potenciales desigualdades de tratamiento, o iniquidades en las soluciones brindadas.

Por otra parte, se ha argumentado en pos de la justicia y el valor práctico de la teoría materialista, con fundamento en la importancia que



reviste, principalmente en el ámbito de los comerciantes y empresarios, el cumplimiento tempestivo y en la forma comprometida, de las obligaciones contraídas. Siendo lo central en la vida comercial el cumplimiento puntual y acabado de lo debido, la falta de éste resulta ser el hecho más concluyente respecto de la situación patrimonial de aquel que ha incumplido sus cargas, sin necesidad de ingresar al análisis de la situación general en que se pueda encontrar el patrimonio, cuestión de gran complejidad y cuya investigación atentaría contra la rapidez y seguridad que ha de reinar en la materia.

También se ha cuestionado la amplitud y ambigüedad del concepto, toda vez que de sus términos surge un campo de actuación muy amplio, requiriendo su constante integración e interpretación por parte del órgano llamado a decidir en cada caso particular, pudiendo llegarse a soluciones contradictorias frente a casos que revistan iguales características.

Nuestra postura crítica y superadora al respecto, es que si bien como presupuesto objetivo de la quiebra, es una concepción aceptable, no lo es para el concurso preventivo. No es posible predicar “prevención” si se exige una efectiva cesación de pagos.

Todos los estudios, análisis, precisiones y variaciones operadas desde el origen del concepto de este presupuesto objetivo, han tenido en mira (explícita o implícitamente) a la Quiebra, mientras solo por añadidura (en

algunas legislaciones mediante el mero sistema de la remisión) el mismo se ha aplicado al Concurso Preventivo judicial.

Asumimos por hipótesis que dicha asimilación es incorrecta y nuestra tesis pretenderá su superación mediante la adición de un nuevo supuesto, habilitante buscando abrir la posibilidad de apertura de procedimientos concursales preventivos, a momentos previos colindantes, de manera de ofrecer mayores posibilidades de superación de la crisis final en ciernes.

#### 10.4. Apreciación Judicial:

En virtud de la adopción de una pauta genérica para la designación del presupuesto objetivo del proceso concursal (lo que conlleva una ineludible vaguedad y ambigüedad conceptual a la que ha de darse precisión, frente al caso concreto llevado a tratamiento del órgano jurisdicente), en respuesta a las críticas que recibiera, y a efectos de prevenir posibles abusos que pudieran surgir en la práctica, los autores han destacado como un carácter esencial de la misma, su flexibilidad y adaptabilidad, la cual queda sujeta a la razonable apreciación judicial.

En lo que no se ha reparado en profundidad, a nuestro entender, es la falta de adecuación de ésta postura en el supuesto del concurso preventivo planteado en sede tribunalicia.

Así, la generalidad de los autores sostenedores de esta interpretación amplia, destacan la posibilidad de variar la amplitud de apreciación de la Cesación de Pagos por parte de los tribunales, frente a las particularidades de los casos traídos a su conocimiento, así como ocurre entre una legislación y otra.

En tal orientación se encuentra el Dr. Pablo HEREDIA, manifiesta que "el estado de cesación de pagos constituye, pues, un fenómeno en esencia complejo cuya verificación, por tanto, queda reservada a la ponderación judicial, siguiendo las reglas de la sana crítica y de la máxima prudencia, por cuanto los signos reveladores de la insolvencia pueden variar indefinidamente, debiendo ser apreciados en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias que los rodean"<sup>57</sup>. Similar postura ha adoptado PORCELLI al respecto<sup>58</sup>.

El empleo de una fórmula genérica a una serie inagotable de supuestos diversos, acarrea la ineludible necesidad de su adaptación al caso concreto, confrontando los elementos constitutivos del presupuesto, con los hechos y circunstancias particulares, determinándose la existencia o no de la Cesación invocada.

---

<sup>57</sup> HEREDIA, Pablo, "*Tratado Exegético de Derecho Concursal*", tomo I., Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000, p. 218.

<sup>58</sup> "La cesación de pagos implica la impotencia de cumplir regularmente lo debido y constituye per se la manifestación de la crisis jurídica y económica que genera el conflicto. Contradice el pago a término. Por ser una situación excepcional, su existencia queda sometida al control y a la acreditación jurisdiccional" (PORCELLI, Luis A., op. cit., p. 46)

Y esta función no podrá estar asignada más que a los órganos judiciales, en virtud de las considerables consecuencias prácticas que la declaración de dicho estado acarreará tanto respecto del sujeto cesante, como respecto de la generalidad de las relaciones jurídicas en que se viera involucrado, y las garantías que tales órganos ofrecen a los destinatarios del ordenamiento concursal.

Tal apreciación judicial, a los efectos de determinar la constitución del presupuesto objetivo en cuestión, habrá de versar sobre los hechos por medio de los cuales el estado de impotencia se exterioriza y no sobre la consistencia o composición patrimonial, porque éste es un aspecto interno de investigación, vedada para el órgano judicial.

El análisis del juez partirá de los conceptos de la cesación de pagos brindados por la doctrina, para su confrontación con los hechos y circunstancias traídos a su conocimiento, sin poder ingresar a la investigación oficiosa sobre hechos diversos de aquellos alegados por las partes.

Pero ese análisis deberá ser naturalmente flexible, a fin de adecuarse a la gran diversidad de situaciones y características de las personas que pueden resultar sujetos de procesos concursales, frente a lo cual, el empleo de una solución unívoca e invariable podría generar situaciones de iniquidad, otorgando una tutela judicial inadecuada o bien generando situaciones de desamparo frente a casos particulares.

No podrá sostenerse válidamente la igualdad de tratamiento y determinación de la presencia del presupuesto objetivo en supuestos de grandes empresas organizadas bajo figuras societarias, que en aquellos de personas físicas no empresarias, sin atender a sus necesidades y particularidades. Y es allí donde la prudente interpretación judicial del presupuesto de la Cesación de Pagos, en su concepción amplia, habrá de resultar una herramienta de gran utilidad a fin de brindar una respuesta jurídica adecuada y satisfactoria.

Y es quizá en éste punto donde se realzan las virtudes de esta forma de aprehender el presupuesto objetivo, brindando la flexibilidad necesaria para su adaptación a las innumerables situaciones de factible producción en la realidad negocial y social de todo Estado. Este camino de perfeccionamiento, es el que pretendemos seguir.

Ésta es, pues, la base de nuestra Hipótesis: el sistema imperante resulta insuficiente para atender la crisis patrimonial en tiempo oportuno y no importa la escuela o teoría que se aplique, debe ser renovada en su concepción para evitar que el proceso judicial resulte tardío, inicuo e ineficaz, si el deudor debe estar en falencia efectiva, especialmente si nos referimos al concurso preventivo judicial.

La tarea asignada al juzgador tendiente a la apreciación del presupuesto es una de las de mayor complejidad y relevancia en la materia. De su resultado dependerá en definitiva la adecuación de la fórmula a las par-

ticularidades y características de la sociedad en que se pretende su aplicación. También dependerá de esa interpretación judicial, la mayor o menor permisividad de ingreso al proceso concursal preventivo y la posibilidad de anticipación o postergación de la aplicación del mismo y sus normativas reguladoras.

El juzgador no debe desatender las consecuencias que acarrea su decisión en el tema, por sus proyecciones potenciales sobre la totalidad del patrimonio del deudor y sus relaciones jurídicas -tanto presentes como futuras-. Tampoco puede desconocer los efectos que este tipo de procesos generalmente produce en las esferas humanas y psicológicas, en particular en aquellas sociedades donde en la actualidad el instituto de la falencia mantiene vigentes sus connotaciones negativas.

Pero con todo y tal como señala Raymundo FERNANDEZ, el órgano no podrá apartarse de los hechos traídos a su conocimiento, analizando si los mismos traducen un verdadero estado de Insolvencia y constatado ello, no podrá dejar de proceder a la apertura del proceso concursal por motivo de conveniencia o equidad, sin incumplir con sus deberes funcionales y sin incurrir en una patente violación del ordenamiento jurídico<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 368.

#### 10.5. Revisión de la declaración judicial:

En este punto y dadas las consecuencias y repercusiones que trae aparejada la decisión judicial que resuelva tener o no por acreditados los requisitos constitutivos de la cesación de pagos, corresponde explayarse someramente sobre la posibilidad de lograr la revisión del tal decisión.

Tal razonamiento parte del entendimiento que el sistema recursivo existente en el plexo normativo cobra especial relevancia, a efectos que el sujeto disconforme con el decisorio del sentenciante, pueda gozar de una garantía procesal esencial como el de la doble instancia, o revisión por ante un órgano jurisdiccional de carácter superior.

Sin perjuicio de la consideración de una legislación concursal en particular, corresponde advertir que independientemente de la consagración de una norma expresa que admita la revisión de la sentencia de apertura o rechazo de apertura de un proceso concursal, con sustento en la constatación (o falta de la misma) del presupuesto, estimamos que no debería serle denegado al sujeto cuya situación patrimonial se halla bajo análisis, alguna vía procesal para el cuestionamiento de la decisión judicial; máxime si alega la proximidad inminente de la crisis definitiva o su efectivización.

Ello así, dado que en todo supuesto en que se trate la procedencia de un proceso de este tipo se hallarán involucrados -y directamente afectados- derechos de jerarquía constitucional, como la propiedad privada, el

debido proceso y el acceso a la justicia con carácter efectivo e inmediato. Un sistema respetuoso de tan elementales derechos y garantías habrá de prever, o cuando menos admitir, el empleo de alguna vía recursiva, para asegurar la obtención de una decisión más objetiva, justa, equitativa y tempestiva.

Cuadra también destacar que los decisorios emanados de los tribunales de segunda y ulterior instancia, además de tender a evitar perjuicios indebidos a los derechos de los justiciables y posibles arbitrariedades, por medio de sus decisorios deben fijar pautas orientativas que faciliten la tarea tendiente a determinar el significado inherente al caso de autos, de la Cesación de Pagos y los requisitos para tener por acreditada la misma, frente al caso concreto conforme a las normas vigentes.

En nuestra tesis –como fundaremos- deberán velar se deje expedito el concurso preventivo, ante supuestos en que se alegue la inminencia (o proximidad) de un acaecimiento de dicho estado.

Ingresando a la consideración en particular de nuestro derecho vigente, corresponde tener presente que el punto específico del decisorio judicial que interesa, es la estimación acerca del recaudo objetivo habilitante de la vía, que resulta un supuesto de apreciación de cuestiones de hecho<sup>60</sup>, lo que supone una marcada limitación en las potestades revisoras

---

<sup>60</sup> Al respecto, debe recordarse que en reiteradas oportunidades la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha entendido que “*Determinar si se arribó al estado de cesa-*



de las instancias ante los tribunales superiores. Ello, pues tratándose en la especie de una *cuestión fáctica* y de *valoración de la prueba aportada*, quedan sujetas a las reglas de la sana crítica, y salvo absurdo o arbitrariedad, no pueden ser sometidas a los tribunales superiores.

Aun más, esas limitaciones en materia recursiva se hallan reforzadas en materia de pedido de quiebra por las previsiones contenidas en los artículos 94 (pues obliga al tránsito de un recurso de reposición con carácter previo al acceso a la alzada). También por el artículo 273 inc. 3° (que establece la inapelabilidad general de las resoluciones dictadas en procesos concursales),

Dichas normas obstan al cuestionamiento directo de la sentencia de quiebra por ante un tribunal superior y genera un vacío legal en materia de apelación del rechazo del pedido de quiebra directa voluntaria.

Lo expuesto, supone una considerable limitación de las posibilidades de revisión de la declaración judicial en torno a la existencia de un estado de cesación de pagos, hallándose sujeto el debate al empleo de los taxativos medios legalmente previstos y de los que sólo cabría apartarse en casos de arbitrariedades o desviaciones procesales (absurdo) de entidad considerable, y oportunamente alegadas y probadas.

---

*ción de pagos constituye una típica cuestión fáctica ajena a la casación.” (SCBA, Ac. 35527, en autos: “Banco Regional del Salado S.A. s/ Quiebra”, Sent. del 22-4-1986, publicado en Acuerdos y Sentencias 1986-I-448; SCBA, Ac 54608 en autos: “Banco Avellaneda S.A. s/ Incidente de reposición”, Sent. del 2-3-1999, publicado en Acuerdos y Sentencias 1999 I, 331; entre otros)*

## **11. OTRAS TEORÍAS**

Frente a las tres formas básicas de interpretación de la Cesación de Pagos hasta aquí expuestas, se han desarrollado interpretaciones alternativas, o con ciertas variantes respecto de los tipos puros señalados. Surgidas principalmente de las particularidades de los ordenamientos jurídicos bajo cuyo amparo se han originado, respondiendo a las previsiones contenidas en las leyes concursales, pudiendo destacarse entre ellas, las que tratamos a continuación.

### 11.1. Sistema de los Equivalentes

Esta Teoría, ciertamente muy antigua, de escasos adherentes y casi ningún referente actual, ha sido desarrollada principalmente a partir del Código de Comercio Italiano y naturalmente seguida por numerosos doctrinarios de dicho país.

Los sostenedores de la misma han considerado que la Cesación de Pagos es la interrupción material y efectiva del cumplimiento de las obligaciones, asimilando cesación a incumplimiento. Pero, además de tal presupuesto, admiten que existen otros hechos distintos al incumplimiento, pero “equivalentes” a éste en cuanto se refiere a habilitar la procedencia de procesos concursales, atento su constatación sencilla y significación in-

equivoca en tanto manifestaciones de una imposibilidad para la atención tempestiva de las obligaciones que gravan un patrimonio.

Sin embargo, autores como Raymundo FERNANDEZ negaron el carácter de "sistema" o "teoría" por sí misma diversa de las enunciadas, atento que las divergencias resultan de cuestiones puramente terminológicas, sin mayores consecuencias prácticas y el resultado final de la aplicación de la presente no diferiría considerablemente de la Teoría Amplia<sup>61</sup>.

#### 11.2. Sistema de los Actos de Quiebra (“*Acts of Bankruptcy*”)

Juntamente con los sistemas descritos anteriormente, en los cuales el presupuesto es definido de forma general surgió uno paralelo que partió de la posición contraria. Evitando la fijación de un criterio genérico de mayor o menor amplitud, se pretendió efectuar una enumeración taxativa de aquellos actos o hechos habilitantes para la apertura de la vía fallimentaria.

El origen puede hallarse incluso en el derecho romano, en los institutos de la *bonorum venditio* y *bonorum distractio*, en los cuales se determinaban los supuestos frente a los cuales el magistrado debía proceder a la apertura del concurso.

---

<sup>61</sup> “No acordamos a estos sistemas lugar aparte en nuestra clasificación, pues conceptuamos que tanto uno como otro en el fondo coinciden completamente con la teoría amplia, consistiendo la diferencia sólo en la forma de exposición” (FERNANDEZ, op. cit., p. 246)

En el derecho moderno, lo han seguido la generalidad de los países anglosajones, mediante la enumeración de los denominados “*Acts of Bankruptcy*”.

Esta normativa presenta como principal ventaja –a juicio de los sostenedores- la definición concreta y determinada de los supuestos habilitantes de los procesos concursales, limitando los de dudosa interpretación, así como la posibilidad de producción de arbitrariedades en la apreciación del presupuesto objetivo cuando este es definido como un estado patrimonial.

Asimismo, intenta superar la concepción materialista, dando una mayor amplitud y diversidad de hechos habilitantes, para responder en mejor medida a los orígenes históricos reseñados anteriormente en este trabajo.

Sin embargo, la realidad demuestra que resulta de imposible concreción una enumeración taxativa con pretensión de agotar las innumerables formas en que podría la impotencia patrimonial. Y aún alcanzado en alguna medida el objetivo, siempre será insuficiente en virtud de la dinámica comercial y la mutación de las formas relacionales empleadas en el comercio y la economía de una nación.

Por otra parte el de Quiebra, es un estado complejo, de explicación y causación diversa, al que contribuye una pluralidad difícilmente delimitada de circunstancias. Frente a dicha situación, surge como cuestionable

optar por reducir a una enunciación de hechos simples la determinación de una situación tan compleja y variada.

En determinadas circunstancias, los hechos legalmente establecidos pueden ser manifestaciones claras de la impotencia que afecta a un determinado patrimonio. Pero no en toda ocasión ello resultará patente o acertado, pudiendo derivarse en situaciones de notoria injusticia, aplicándose la normativa concursal allí donde la insolvencia no resulta efectivamente acaecida, o bien negando la tutela específica frente a situaciones de notoria necesidad de aplicación de dicha normativa, pero en las cuales no han acaecido los hechos taxativamente determinados.

Vemos que por su mayor rigor técnico, nuestra Tesis de la inminencia, puede remediar la injusta visión fáctica del incumplimiento, especialmente en el concurso preventivo judicial.

En la legislación norteamericana, que ha seguido dicho sistema de enumeración de Actos de Quiebra, se produjeron profundas modificaciones en materia de presupuesto objetivo, incorporándose paulatinamente y en forma paralela a la enumeración, el concepto general de la Cesación de Pagos, como un acto habilitante más. Así se dio lugar a un sistema mixto en la materia, permitiendo la extensión de la tutela y un marco mayor a la interpretación judicial en el punto.

Como veremos más adelante, requerir actos de quiebra en concursos preventivos en sede tribunalicia, que pretenden impedir precisamente la quiebra, no resulta congruente.

### 11.3. Formas Mixtas

Dentro de esta categoría que podemos llamar Mixta (en virtud de no responder a una única teoría), podrían agruparse las previsiones contenidas en numerosos sistemas legislativos que, tomando elementos de uno u otro sistema, mediante la incorporación de elementos exógenos, propios de otras concepciones, han dado lugar a variaciones de mayor o menor relevancia, en pos de la mejor adaptación del presupuesto objetivo al ámbito socio-económico al que habrán de regular.

No se trata, por lo general, de elaboraciones de origen doctrinario, o producto de la consideración teórica de la Cesación, sino antes bien, el resultado de regulaciones normativas provenientes de distintos ordenamientos jurídicos, surgidos como resultado de la particular realidad socio-económica de cada Estado y mediante las cuales se busca el logro de determinadas finalidades prácticas. Resultan así sistemas nacidos de la práctica y legislaciones específicas, las cuales les otorgan sus particularidades diferenciales.

Dentro de estos sistemas, hay quienes ubican a nuestro propio derecho concursal vigente. Ello, pues estiman que no obstante la adopción de la

concepción amplia para la apertura de todo proceso concursal, en materia específica de Quiebra Involuntaria (o a Pedido de Acreedor) el texto legal se aparta parcialmente de esta conceptualización. El art. 80 de la Ley N° 24.522, exige la acreditación por parte del peticionante, de la titularidad de un crédito exigible e insatisfecho por parte del deudor cuya falencia se pretende. Es decir, que para este particular supuesto de proceso concursal se requiere, a los efectos de su apertura judicial, la prueba del Incumplimiento, acercando el caso al concepto brindado por la Teoría Intermedia de la Cesación de Pagos.

Por otra parte, en la actualidad podemos ubicar entre los sistemas mixtos, a la casi totalidad de las legislaciones que históricamente receptaran el sistema de los actos de quiebra (oportunamente analizado, entre otras la ley C-12, sanción real del 14-12-2007 de Canadá y Capítulo 11 Bankruptcy Law de EEUU).

Tal como se adelantara, ello es producto de las críticas efectuadas a la enumeración de los hechos habilitantes de la vía concursal y la insuficiencia práctica que ello presentaba; ello en particular ante las necesidades propias del comercio moderno, en virtud de los constantes cambios que en el mismo se producen día a día.

Así, mediante diversas reformas legislativas, se han introducido en estas legislaciones, en forma conjunta con la enumeración tradicional de los actos que se consideran necesarios y suficientes a los efectos de la aper-

tura de un proceso concursal, nociones generales tales como la de Insolvencia o Cesación de Pagos, como hechos de quiebra, dando lugar a la coexistencia de ambos sistemas (el de la enunciación de hechos, con el del establecimiento de una fórmula general), dentro de un mismo sistema jurídico.

Esta modificación se ha formalizado mediante la consideración de que se encuentra en estado de quiebra, o insolvencia: “the debtor is generally not paying such debtor's debts as such debts become due unless such debts are the subject of a bona fide dispute”. Significando con ello, que resulta incurso en el estado de cesación de pagos, el deudor que no atiende al pago de las deudas a medida que éstas se tornan exigibles, salvo cuestionamiento judicial razonable (“a menos que las deudas estén sujetas a una controversia de buena fe”).

Se presenta así, en las legislaciones citadas, una confluencia del sistema de los actos de quiebra, con la fórmula general de la Cesación de Pagos, con la intención de maximizar las ventajas de ambos sistemas, y la solventación de sus aspectos individualmente cuestionables. Dando así mayor flexibilidad a la tradicional enumeración taxativa y a la vez permitiendo frente a determinados hechos de trascendencia y significación inequívoca, la apertura del proceso sin necesidad de acreditación del estado patrimonial de insolvencia.



En su aplicación práctica el sistema no difiere en gran medida de lo que acaece en casos de ordenamientos que sólo han previsto la conceptualización genérica. Ello porque en los asuntos llevados a conocimiento de los órganos competentes en procesos concursales, a determinados hechos (en particular el incumplimiento y la confesión del propio deudor), suele atribuirse entidad suficiente para la procedencia del proceso universal, sin mayores cuestionamientos ni requisitos tendientes a la acreditación de la efectiva configuración del Estado de Insolvencia del patrimonio.

#### 11.4. La Quiebra Virtual:

Es pertinente tratar también aquí la noción de la Quiebra Virtual (o Quiebra de Hecho como también es conocida).

Debe señalarse que si bien no se trata en este caso de aludir propiamente al concepto de Cesación de Pagos, corresponde analizar esta teoría que ha sostenido la posibilidad de producir efectos o consecuencias jurídico-económicas al estado puramente económico de la Cesación de Pagos. Ello, independientemente de la declaración formal de quiebra, por parte de autoridad competente al efecto.

No se trata de la asignación de un significado particular a la cesación de pagos, sino que el contenido de esta teoría reside en la asignación de consecuencias jurídicas a la constatación fáctica de dicho estado, en forma previa o independiente de la declaración formal de Quiebra Jurídica.

Por tanto, la Quiebra Virtual se diferencia de la de Quiebra Económica en que ésta constituye una situación fáctica -de hecho-, considerada con abstracción de los efectos jurídicos que pueda o no reconocerle un determinado ordenamiento.

La idea de la Quiebra Virtual (no receptada en nuestro ordenamiento) implica que una situación fáctica, va unida a una consecuencia jurídica normativamente establecida, por vía normativa y sin intervención de órgano jurisdiccional alguno, si bien dentro del marco de procesos individuales, o de trámites administrativos, o bien frente a situaciones fácticas legalmente determinadas.

Ello, en contraposición a la quiebra de derecho, en que debe mediar una declaración emanada de un órgano competente reconociendo la existencia de dicha situación fáctico-económica, originándose así la producción de la plenitud de los efectos jurídicos establecidos para dicha circunstancia.

Este concepto no altera, por sí mismo, la definición de Impotencia Patrimonial, sino que resulta adaptable a cualquiera que pueda brindarse, estableciendo efectos y consecuencias propios de dicha situación, frente a casos en que no se hubiera reconocido judicialmente dicho estado.

La generalidad de la doctrina y jurisprudencia, así como las legislaciones contemporáneas, se muestran contrarias a la aceptación de la Quiebra Virtual. Nuestra legislación, no ha receptado la idea de aplicar los

efectos del estado de cesación de pagos, sin la previa declaración judicial del mismo. Esta decisión legislativa ha sido recibida con beneplácito por la totalidad de la doctrina nacional.

Sin embargo, debe citarse como excepción, la norma contenida en el Decreto N° 5965/63, en su art. 47 inc. b) ap. 2º. Se ha señalado que la acción cambiaria de regreso anticipado, en función de ese articulado, puede ejecutarse –antes del vencimiento de la cambial- en caso “...de cesación de pagos (del girado) aunque no mediara declaración judicial (ver art. 48 pár. 6º)”. Ello implica otorgarle efectos jurídicos al “estado de cesación de pagos”, pese a no existir declaración de concurso (ver Roberto H. Lavigne “Acciones Cambiarias, ed. 1969 Editorial Librería Jurídica, págs. 96, 107 pto. 51, pág., 110), si bien en un único supuesto puntual y aislado de nuestra legislación.

## **12. EL PRESUPUESTO OBJETIVO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA**

Ingresando al tratamiento que el Presupuesto Objetivo de los procesos concursales ha recibido en nuestro ordenamiento nacional, desde los orígenes del derecho patrio, se ha adoptado el empleo de una redacción general. Es decir, sin una definición legalmente establecida y por ende dejando el concepto o definición a las elaboraciones doctrinarias en torno al

mismo y a la prudente apreciación judicial teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto.

Aquí corresponde puntualizar que en cada cuerpo normativo, el presupuesto de la quiebra (en sus dos alternativas) es SIMILAR al del concurso preventivo judicial, resaltando el caso de las leyes 4156 y 11719. En cada una se citará la o las normas de la quiebra o del concurso preventivo.

La fórmula general ha sido la de la **Cesación de Pagos**. Ésta ha integrado la médula de la legislación concursal argentina actual, consolidándose definitivamente con el paso de los años, sobreviviendo indiscutida o sin controversia en las sucesivas reformas legislativas nacionales. El cuestionamiento que, hemos formulado como Hipótesis ha sido establecer si ese concepto debe o no aplicarse también al concurso preventivo cuando se lo requiere en el ámbito jurisdiccional o si el mismo ha devenido insuficiente, de acuerdo a la investigación de antecedentes que venimos explicitando.

Sin perjuicio de lo expresado, y del mantenimiento dentro del ordenamiento legal de la frase "Cesación de Pagos", se ha ido produciendo una variación en la práctica y en la doctrina en torno a su interpretación, partiendo desde la concepción Materialista en sus orígenes, hasta arribar a la conceptualización amplia, vigente en la actualidad, con alguna restricción que puntualizaremos.

### **13. EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1862. LA REFORMA DE 1889.**

El primer sistema orgánico de origen patrio tendiente a la aprehensión legal del fenómeno concursal fue el Código de Comercio de 1862, el cual incluyera en su texto la regulación integral de los procesos falenciales, dentro del Libro IV “De la Insolvencia de los Comerciantes” y conteniendo en su art. 1511 el presupuesto objetivo de la apertura de los procesos concursales, estableciendo al efecto que *“Todo Comerciante que por cualquier causa cesa sus pagos, se halla en estado de quiebra”*, y aclarando que *“La cesación de pagos, característica del estado de quiebra, puede no ser general. Todo aquél que sin razón particular respecto de alguno o algunos créditos comerciales cesa de pagar unos, se considera en estado de quiebra, aunque atienda al pago de los otros créditos”*.

Conforme el Código de Comercio de 1862 la cesación de pagos constitutiva del estado de quiebra, podía no ser "general", toda vez que, con fuente en el Código de Portugal, adhería a la idea que el presupuesto objetivo del proceso concursal liquidativo estaba dado por el mero impago de obligaciones, bastando al efecto un incumplimiento aisladamente considerado. Asimismo, se destaca que la regulación contenida en este texto legal se encontraba referida exclusivamente al sujeto comerciante, quedando relegada la regulación de la situación de los sujetos no comerciantes.

El régimen de quiebras fue reformado en el año 1889, no obstante lo cual el texto resultante, en materia falencial, siguió el sistema y orientación de la redacción original, interpretándose, en relación al presupuesto para la apertura del proceso falimentario, que el no pago de una sola deuda comercial, constituía en quiebra al comerciante.

En dicho sentido, el art. 1379 del Código de Comercio, conforme a la redacción de la Comisión Parlamentaria de 1889, establecía que la cesación de pagos -ya se tratase de una o varias obligaciones comerciales y cualquiera fuere su causa determinante-, constituía el hecho generador del pedido de quiebra, encontrándose obligado a su presentación el deudor dentro de un plazo perentorio fijado al efecto.

#### **14. LA LEY N° 4.156**

Con posterioridad, a partir del año 1902 y hasta 1933, la materia se encontró regida por la **ley N° 4.156**, la cual mantuvo como presupuesto objetivo esencial para la apertura de los procesos concursales, la Cesación de Pagos y si bien no contuvo una disposición que definiera el mismo, fue conceptualizada tanto por la doctrina como jurisprudencia de la época como sinónimo de "incumplimiento", en virtud de la tradición y los desarrollos efectuados durante la vigencia de las normas del Código de Comercio y los términos en que se encontraran redactados diversos artículos de la

nueva legislación. En la práctica vinculada a la norma, se asimilaban, las nociones de imposibilidad de pagar, cesación de pagos, e incumplimiento.

Se pudo entrever cierta innovación, con la introducción del “concordato preventivo, importante como antecedente de nuestro intento reformista, al establecer que “todo comerciante matriculado que se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones comerciales, deberá antes de la efectiva cesación de pagos o hasta tres días después, presentarse ante el juzgado de comercio a solicitar reunión de acreedores”.

Esta expresión (“antes de la efectiva cesación”) puede estimarse como un primer atisbo de la verdadera cuestión: que el presupuesto objetivo no debe ser similar para ambos procesos.

## **15. LA LEY N° 11.719**

Una nueva reforma integral en la materia se produjo con el dictado de la Ley 11.179 en el año 1933, sustituyéndose el Libro IV del Código de Comercio.

La ley 11.719 (Adla, 1920-1940, 477) en su art. 1º, enunciaba que la cesación de pagos cualquiera que sea su causa determinante ya se tratase de una o varias obligaciones comerciales, constituía al deudor en estado de quiebra.

Al respecto, ha sostenido GARCIA MARTINEZ que la misma “ha adoptado la fórmula general ‘cesación de pagos’, que presupone un esta-

do de impotencia patrimonial, hecho que por su complejidad el legislador ha dejado libreado a la prudente apreciación del juez”<sup>62</sup>.

En general se reconoce a YADAROLA el mérito de introducir, durante la vigencia de esta legislación, la noción de la cesación de pagos como un “Estado del Patrimonio”.

Debe atenderse que en esta legislación resultaba relevante sólo aquella cesación que se encontrara referida a obligaciones comerciales, resultando irrelevantes -a los fines del inicio de un proceso concursal previsto en dicho ordenamiento- aquellos supuestos en que se vieran afectadas las deudas de naturaleza civil.

Ello regía para ambos procesos, es decir para la quiebra y para el concurso preventivo. Todavía no se aludía a los concursos extrajudiciales

Esta nueva legislación de la materia, produjo numerosos debates en torno al presupuesto objetivo y su conceptualización, en tanto el art. 11 establecía que la solicitud de Concordato Preventivo debía presentarse "antes" de la cesación de pagos o "hasta tres días después" (reiteraba lo dispuesto por la ley N° 4.156). De tal forma se podía llegar a entender que se efectuaba un empleo literal de la cesación de pagos, como efectiva detención de los abonos, es decir como incumplimiento efectivo de las obligaciones, o bien sostenerse la posibilidad de apertura del proceso preventivo

---

<sup>62</sup> GARCIA MARTINEZ, op. cit., p. 213



aun en forma previa a la configuración de la situación de Impotencia Patrimonial; anticipando la tutela a etapas previas a la insolvencia efectiva y exteriorizada.

Es decir que esta Ley no exigía en su texto y en forma expresa, la efectiva cesación de pagos del deudor para poder solicitar la convocatoria de sus acreedores. Esto, se sumó a las discusiones en torno a tal requerimiento en forma implícita en el articulado y los principios orientadores de la norma.

Los debates -inicialmente limitados a los ámbitos académicos-, derivaron en sentencias de notoria repercusión, siendo particularmente destacable en este punto, el precedente sentado en el caso del concurso preventivo cuya apertura solicitara la sociedad comercial El Dorado Colonización y Explotación de Bosques Ltda S.A.

El núcleo del fallo dictado en primera instancia en la mentada causa fue la apertura de un proceso concursal preventivo -a pesar de la expresa confesión del presentante de no encontrarse en cesación de pagos- a fin de evitar la continuación del trámite de un pedido de quiebra derivado del incumplimiento de una obligación reconocida mediante sentencia dictada en un juicio ejecutivo.

Frente a esta cuestionable posición (aunque factible ante los términos contenidos en la propia legislación), el fallo fue revocado por la Cámara Nacional Comercial, sala A, en oportunidad del análisis del auto homo-

logatorio del acuerdo, decretando la quiebra de la deudora, por la conducta antijurídica y reprochable de su actuación, sosteniéndose que el concurso preventivo: *“supone un deudor que se encuentra en cesación de pagos o en inminencia de estarlo (art. 11, ley 11.719) y dicha cesación de pagos producida o inminente es exigida como demostración de un estado de insolvencia, estado que a su vez implica, no la mera negativa del deudor a pagar, sino la imposibilidad, siquiera momentánea, en que se encuentra de hacerlo...”*<sup>63</sup>.

Como se ve, aparece en el fallo el concepto de “inminencia”, aunque diferenciado de los términos en que nuestra tesis pretende innovar, pues en la sentencia se lo trata como sinónimo de “acaecimiento o efectiva producción del estado de insolvencia”, mientras que nuestra postulación va más allá, porque la configuramos como un estado de inminencia previo (aunque colindante).

Se destaca que en esa época, sin perjuicio de los vaivenes en doctrina y jurisprudencia, se inicia en los tribunales una progresiva adhesión a la tesis amplia del presupuesto respecto de ambos procesos. En dicha orientación se ubica ya en el año 1938, un fallo que determinará que la cesación de pagos es un estado de impotencia frente a las deudas. Que tanto puede ser determinado por el incumplimiento de una obligación, como por la

---

<sup>63</sup> CNCOM, Sala A, “El dorado, Colonización y Explotación de Bosques Ltda., S.A. s/convocatoria”, 18-04-1967, ED, 18-611,

confesión expresa o implícita del deudor o de los procedimientos ruinosos ficticios o fraudulentos a los que puede recurrir el cesante para ocultar su estado de insolvencia<sup>64</sup>.

## **16. LA LEY 19.551**

Frente a la creciente necesidad de una reformulación del sistema concursal, producto de la vetustez del régimen establecido por la Ley 11.719, se proyectó y finalmente se aprobó la Ley 19551 en el año 1972. Esta nueva regulación concursal, fue modificada en 1983 y rigió hasta el año 1995.

Durante el lapso comprendido entre los años 1862 y 1972 las leyes de quiebras o bancarrotas, si bien eran de aplicación en todo el territorio de la Nación, se restringía exclusivamente a los comerciantes (personas físicas o personas jurídicas). La regulación de la insolvencia de las personas físicas no comerciantes y de las personas jurídicas sin carácter comercial se regían en general por las normas procesales provinciales, mediante el instituto del Concurso Civil.

Esta dicotomía finaliza con el dictado de la Ley N° 22.917 (de reforma de la N° 19.551), que abarcó también a los sujetos no comerciantes

---

<sup>64</sup> Rev. LA LEY, t. 15, p. 1195, citado por CAMARA, Héctor, en "**El concurso preventivo y la quiebra**", Tomo I, nota 35, Ed. Depalma, 1980.

mediante la eliminación de las diferencias entre los procesos previstos en la ley concursal para uno y otro tipo de sujetos.

En materia de presupuesto objetivo, significó un considerable avance por su precisión conforme al concepto tradicional, toda vez que mediante la legislación seccionada de la materia, existía la posibilidad de discrepancias en la conceptualización y aplicación de dicho presupuesto según se tratara de un tipo u otro de sujeto. Incluso derivaban en soluciones divergentes según la jurisdicción y la legislación provincial, que resultara aplicable.

El presupuesto objetivo en esta legislación se hallaba contemplado en su artículo 1º que expresaba: “el estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en la ley” y en su concordante art. 85 el cual establecía que dicho estado: “debe ser demostrado por cualquier hecho que exteriorice que el deudor se encuentra imposibilitado de cumplir regularmente sus obligaciones, cualquiera sea el carácter de ellas y la causa que lo generan”.

La Exposición de Motivos que acompañó la sanción de esta Ley expresó la intención de superar las disputas existentes *respecto de la exigencia de la cesación de pagos para la apertura del concurso preventivo*, manteniéndose la expresión por su raigambre histórica y profuso desarrollo en nuestro derecho.

Por tanto, se sostuvo el concepto genérico de la Cesación de Pagos, evitando innovar en la materia -no obstante las dificultades propias resultantes de su interpretación-, en virtud de la tradición y la aceptación que mereciera en nuestro medio jurídico.

Asimismo, se estimó que una modificación en el giro empleado para la denominación del Presupuesto Objetivo de los procesos concursales, podía suponer el surgimiento de nuevos problemas en su interpretación.

Si bien se conservó la tradición legislativa de evitar efectuar una definición legal del fenómeno, posición correcta según la mayor parte de la doctrina, quedó establecido expresamente el carácter de “estado” que reviste dicha conceptualización y su necesaria exteriorización por intermedio de una pluralidad de hechos no taxativamente enumerable.

La recepción contenida en esta Ley fue interpretada en forma casi unánime (tanto en la doctrina y en la jurisprudencia) en su significado amplio, como impotencia del patrimonio para la atención de las obligaciones exigibles, y no en su acepción más restringida como sinónimo de incumplimiento.

Se introdujo definitivamente, los desarrollos de la más autorizada doctrina que sostuviera desde la entrada en vigencia de la legislación anterior que constituye un estado económico que puede ser demostrado a través de ciertos hechos, siendo el incumplimiento de una obligación un

efecto revelador del mismo, quedando reservado al amplio arbitrio judicial la determinación de si tal circunstancia implica o no tal estado.

Así también fue reconocido en la práctica tribunalicia, donde se manifestara que: "El estado de insolvencia o de cesación de pagos no es un mero desequilibrio financiero, sino un verdadero estado de impotencia patrimonial para hacer frente --de manera regular y con medios normales-- a las obligaciones inmediatamente exigibles que gravan ese patrimonio; tal estado debe revestir las características de generalidad y cierta permanencia temporal" <sup>65</sup> y que "La cesación de pagos es el estado de un patrimonio que se revela impotente para hacer frente a los compromisos que sobre él pesa, es decir, no es un hecho, sino un estado de hecho que, por ser tal abarca un período 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 ha caído en insolvencia, para luego irse acentuando hasta que se revela por datos cuya interpretación no deja ya lugar a dudas. Ese estado económico complejo, para que pueda dar lugar a la declaración de quiebra, debe revelarse por hechos exteriores, de relativamente fácil constatación, pero existen otros hechos de significado menos preciso que no podrían originar de inmediato una declaración de falencia y que tampoco podrían servir por sí solos para fundarla, más adelante, pero que una vez declarada la quiebra y constatados pueden revelar-

---

<sup>65</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala I, noviembre 9 - 1984 – “**Bertrán, Miguel A. L.**”, LA LEY, 1985-E, 397 (37.028-S)

se como los primeros síntomas del malestar económico general y permanente de la fallida y servir de base para determinar la fecha inicial del estado de cesación, o lo que es igual, del período de sospecha”<sup>66</sup>.

Como puede apreciarse, no se hace cargo de la incipiente e ignorada insinuación, en el sentido que el presupuesto objetivo del concurso preventivo, no necesariamente debe ser similar al de la quiebra.

Sus diferentes finalidades y consecuencias hacían evidente que no se podía ni se debía soslayar por más tiempo esta situación anómala.

## **17. LA ACTUAL LEGISLACIÓN CONCURSAL - LEY 24.522**

Actualmente esta institución se encuentra regulada en la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras, sancionada el 20 de julio de 1995, promulgada el 7 de agosto del mismo año y publicada en el Boletín Oficial dos días después. Dicha ley fue parcialmente modificada por las siguientes normas:

- Art. 7 de la ley 24760 (BO,13/01/1997; Reconoce privilegio general al crédito instrumentado en Factura de crédito);

- Art. 8 de la ley 25.113 (BO, 21/07/1999; Incluye al contrato de Maquila en el régimen del art. 138 de la ley 24.522);

- Ley 25.563 (BO, 15/02/2002; Emergencia productiva y crediticia);

---

<sup>66</sup> C. Apel. CC Junín, Agosto 15- 1984. – “**Cardigni Cía. Soc. en Com. por Accs. s/ quiebra**”, LA LEY, 1986-B, 607 (37.183-S)

- Ley 25.589 (BO, 16/05/2002; Modifica las leyes 24.522 y 25.563);
- Ley 25.640 (BO,11/09/2002; Prorroga por 90 días el plazo del art. 12 de la ley 25.589)
- Ley 26.086 (BO, 11/04/2006; Modifica los arts. 14, 16, 21, 56, 72, 132 y 133 relativos a los efectos del concurso preventivo y la quiebra sobre créditos laborales).
- Ley 26.684 (BO,30/06/2011; Modifica los arts. 11, 14, 16, 19, 20, 29, 34, 42, 45, 48 -agrega 48 bis-, 129, 187, 189, 190, 191 -agrega 191 bis-, 192, 195, 196, 197, 199, 201, 203 -agrega 203 bis-, 205, 213, 217, 260 y 262. La reforma está orientada a dar mayor protección al crédito laboral y mayor protagonismo a los trabajadores y acreedores laborales en la recuperación de la empresa, facilitándoles la continuación de la explotación y su posterior adquisición bajo la forma de una cooperativa de trabajo)

Además, inciden en los alcances y aplicación de las normas de la ley 24.522, las siguientes normas:

- Art. 9 de la ley 24.587 (BO, 22/11/1995; Representación del Estado en los juicios concursales);
- Art. 3º del decreto 367/1996 (BO, 11/04/1196; Registro de Concursos);
- Resolución General nº4241/1996 de la Administración Federal de Ingresos Públicos -AFIP- (BO,13/11/1996; Régimen de Facilidades de Pago de deudas Impositivas y Previsionales);



- Art. 8 de la ley 24764 (BO, 02/01/1997, Efectos del concurso o quiebra en contratos celebrados con la Secretaria de Hacienda);

- Resolución General nº 1975/2005 de la Administración Federal de Ingresos Públicos -AFIP- (BO, 12/12/2005; Obligaciones de los síndicos ante la AFIP);

- Ley 25.284 (BO, 2/08/2000, Régimen concursal para Entidades Deportivas);

- Ley 26.723 (BO, 21/12/2011, modifica el art. 22 de la ley 25.284, extendiendo hasta 12 años la posibilidad de vigencia del fideicomiso);

- Resolución General nº 970/2001 de la Administración Federal de Ingresos Públicos -AFIP- (BO,14/02/2001; Régimen de Facilidades de Pago de deudas Impositivas y Previsionales);

- Art. 1º de la ley 25.374 (BO, 2/01/2001; Incluye a las mutuales como sujeto de concurso);

Art. 18 del decreto 1384/2001 (BO, 2/11/2001; Emergencia económica);

- Art. 33 de la ley del decreto 1387/2001 (BO, 2/11/2001; Emergencia económica);

- Art. 5º de la Ley 25.750 (BO, 7/07/2003; Excluye a ciertas empresas del procedimiento del art. 48 de la ley 24.522);

- Resolución General 17/2004 de la Inspección General de Justicia (BO, 7(09/2004; Registro de Inhabilitados por Quiebra);

- Art. 1º de la Ley 25.972 (BO, 17/12/2004; Establece un régimen especial y facilidades de pago de la tasa de justicia en procesos concursales tramitados durante la emergencia económica).

No obstante todas las modificaciones de la Ley de Concursos 24.522 se ha mantenido inalterable el recaudo objetivo de la habilitación de los procedimientos concursales judiciales.

Así lo establece el artículo 1º, reiterando los términos de la anterior legislación, viéndose reforzado por la exigencia establecida (en materia de procesos preventivos) en el artículo 11, el cual requiere en su inciso 2º que el deudor en su presentación de solicitud de concursamiento “*explique las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado*”.

En materia terminológica, utiliza principalmente la expresión Cesación de Pagos y sólo excepcionalmente emplea el término Insolvencia. Pero el uso que se hace de ambos es de sinonimia, resultando por ello conceptos

intercambiables libremente, como puede apreciarse en la redacción dada al art. 173 de la normativa concursal vigente<sup>67</sup>.

No obstante la falta de innovación en términos generales en lo que a presupuesto material respecta, existen dos aspectos a analizar en particular. Ellos son los **supuestos de excepción** al requerimiento de configuración de ese estado y el caso de **Quiebra Necesaria**, o a pedido de acreedor.

Se reitera en este ordenamiento, la omisión que venimos resaltando en torno a la falta de diferenciación de los presupuestos de la Quiebra y el Concurso Preventivo judicial.

#### 17.1. Excepciones al Presupuesto Objetivo de Cesación de Pagos:

La legislación ha previsto una serie de supuestos de excepción a la exigencia del presupuesto objetivo para la apertura de un proceso concursal. Por diversos fundamentos según el caso de que se trate, pero por lo general, partiendo de la presunción de actualidad o inminencia de dicho estado, por la posibilidad de propagación del estado de desequilibrio

---

<sup>67</sup> El art. 173 de la ley 24522 con sus reformas dice: “Responsabilidad de los representantes. Los representantes, administradores, mandatarios o gestores de negocios del fallido que dolosamente hubieren producido, facilitado, permitido o agravado la situación patrimonial del deudor o su insolvencia, deben indemnizar los perjuicios causados.....Responsabilidad de terceros, Quienes de cualquier forma participen dolosamente en actos tendientes a la disminución del activo o exageración del pasivo, antes o después de la declaración de quiebra, deben reintegrar los bienes que aún tengan en su poder e indemnizar los daños causados, no pudiendo tampoco reclamar ningún derecho en el concurso”.-

económico, o bien por la vinculación patrimonial existente respecto de otro sujeto incurso en un estado de insolvencia efectiva.

Dentro de esas excepciones, fundados en nociones como las señaladas, encontramos los supuestos previstos respecto del Concursamiento en Caso de Agrupamiento, el Concurso del Garante del Cesante, así como los casos de extensión de la quiebra a los socios ilimitadamente responsables de una sociedad fallida. En todos ellos la vinculación respecto de un sujeto efectivamente incurso en Cesación de Pagos, permite (o impone) la aplicación de los institutos concursales respecto de los sujetos vinculados en mayor o menor medida con la actividad del cesante, sin necesidad de requerir dicho estado respecto de los mismos.

En virtud de lo expuesto, se ha sostenido que los señalados no son verdaderos supuestos que requieren la presencia del presupuesto objetivo para la habilitación de la vía concursal.

El aludido estado es mantenido como exigencia básica e inexcusable, si bien respecto de –aunque sea- un sujeto vinculado, o bien porque la ley presume la cesación –aun potencialmente- de todos los sujetos respecto de los cuales permite la aplicación de sus institutos, sin necesidad de acreditación del estado de desequilibrio. Podemos decir que presume la inminencia<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup>Como se desprende del artículo primero de la LCQ, el estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto

Sin perjuicio de ello, existe un supuesto de verdadera excepción a la exigencia del estado de Cesación de Pagos, para el ingreso a las soluciones concursales no judiciales.

Surge de la regulación del **Acuerdo Preventivo Extrajudicial**, instituto novedoso incorporado a nuestro derecho por la Ley N° 24.522, para cuya aplicabilidad el art. 69 establece: “**ARTICULO 69: Legitimado.** *El deudor que se encontrare en cesación de pagos o en dificultades económicas o financieras de carácter general, puede celebrar un acuerdo con sus acreedores y someterlo a homologación judicial*” (el destacado nos pertenece).

La incorporación de este instituto -y en particular la redacción de la norma citada-, ha supuesto el ingreso a nuestro ordenamiento jurídico del concepto inglés (y de creciente utilización en el derecho comparado en materia concursal) del “*financial distress*”, noción amplia y de límites difusos y por ende de dificultosa definición y delimitación (en forma similar a lo acontecido respecto de la Cesación de Pagos).

---

para la apertura del procedimiento concursal. A la regla general no escapa el concurso en caso de agrupamiento. Sin embargo, la insolvencia tiene en tal trámite un tratamiento diferenciado, no en cuanto a sus caracteres esenciales y notas tipificantes, pero sí en cuanto a cómo ella debe operar en el marco del agrupamiento. En este sentido, la ley no exige que todos los sujetos agrupados sean insolventes, sino que se conforma con que al menos uno lo sea... La ley de concursos y quiebras pretende que se demuestre la mera posibilidad de una futura afectación —contagio— a los demás integrantes del grupo económico.” (GARCIA PAZOS, Pablo L., “**Concursabilidad preventiva del grupo. Concurso del garante**”, Publicado en LA LEY2006-D, 1314)

Si bien se presenta como una etapa anterior a la efectiva Cesación de Pagos que se fijaría como el límite último de este instituto, resulta de dudosa determinación el punto de inflexión que permite considerar configurada la situación de “dificultades económicas o financieras”. Depende en gran medida de la amplitud que se brinde de la pauta de “dificultades”.

No obstante los debates generados por dicha incorporación y la discusión en torno a si la misma ha constituido la inclusión de un concepto distinto al de Cesación de Pagos o si el mismo tan sólo representa un giro o sinónimo del mismo, actualmente no puede desconocerse que el margen de interpretación del presupuesto objetivo, dentro de este instituto, se ha visto notoriamente ampliado.

Se otorga una importante herramienta, tanto a deudores como a los órganos judiciales, a los fines de la ampliación del espectro de sujetos habilitados a los efectos del empleo de esta vía concursal; aunque no exista la posibilidad de extensión de dicho concepto a los procesos propiamente judiciales del concurso preventivo y la quiebra.

De aquí deviene otro fundamento para nuestra tesis:

¿Cuál es la razón o principio que sustenta la posibilidad de que un sujeto concursable, convoque extrajudicialmente a sus acreedores antes de estar en efectiva cesación de pagos y no le está permitido, en similar situación, hacerlo en forma judicial?

Ante el sesgo liquidativo que ha adquirido el proceso de quiebra, el concurso preventivo debe tener una habilitación distinta, que permita impedir esa liquidación, mediante un procedimiento anticipativo.

### 17.2. Quiebra Necesaria

Finalmente, corresponde abordar las particularidades que presenta, en el ordenamiento concursal vigente, el supuesto del proceso concursal necesario, limitados a los casos de Quiebra a Pedido de Acreedor.

Al respecto, sólo se permite al acreedor de un deudor cesante, a instar el proceso concursal liquidativo (quiebra), en tanto la recurrencia a los procesos preventivos, queda reservada al arbitrio exclusivo del propio deudor, pero ya en cesación de pagos, no pudiendo serle impuesta dicha vía por terceros.

Un motivo más que hace a la diferencia que debe existir entre los presupuestos de ambos.

Sin embargo, nuestra legislación, por diversos motivos (entre los que no resulta menor la intención de priorizar las soluciones preventivas y limitar los abusos posibles por parte de los acreedores inescrupulosos), juntamente con el requisito de la acreditación de los hechos reveladores que exterioricen la Cesación de Pagos alegada respecto de su deudor, incorpora la siguiente previsión: “**ARTICULO 80.-** *Petición del acreedor. Todo acreedor cuyo crédito sea exigible, cualquiera sea su naturaleza y privilegio, puede pedir la quiebra*”.

Así, nuestro sistema base en materia de presupuesto objetivo, fundado en la concepción amplia de la Cesación de Pagos, resulta alterado, dando lugar a un sistema mixto más cercano a las teorías intermedias, al requerir la mora o incumplimiento de una obligación como condición *sine qua non* a los efectos de hacer lugar a la apertura de procesos liquidativos a instancia de acreedores.

Por tanto, y sin perjuicio de enrolarse la Ley N° 24.522 en la teoría amplia de la cesación de pagos fijando el sistema de los hechos reveladores como medio de comprobación judicial de dicho estado, en virtud de lo normado por el art. 80 sólo se habilita a pedir la quiebra al acreedor "cuyo crédito sea exigible". Es decir, exige para este particular supuesto el incumplimiento de la acreencia del peticionante, como requisito previo de admisibilidad de la demanda.

Pero ello no ha de entenderse como la comprobación del incumplimiento requerido exceptúe al acreedor de alegar y demostrar otros hechos reveladores que exterioricen el estado de cesación de pagos. No procede la declaración de quiebra sin más trámite mediante la sola demostración del incumplimiento, el cual si bien es un posible hecho revelador, puede o no resultar suficiente para formar la convicción del Juzgador sobre el estado patrimonial general del presunto cesante<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Se ha expresado que "Si bien el incumplimiento de una sola obligación puede ser considerado como hecho revelador del estado de cesación de pagos, éste debe conjugarse con



En conclusión, en estos supuestos, juntamente con los requisitos y presupuestos ordinariamente exigidos por la normativa a los fines de la apertura de un proceso concursal, se adiciona el requerimiento de la prueba del de incumplimiento del deudor respecto de la acreencia exigible, esgrimida por parte del acreedor solicitante de la quiebra. Ello sin desmedro de la acreditación del estado de cesación de pagos que afecta al deudor, por cualquier otro hecho revelador exteriorizante de dicha circunstancia.

## **18. LA EXTERIORIZACION DEL ESTADO PATRIMONIAL**

Una de las cuestiones que más arduos debates y planteos ha generado en la práctica concursal nacional se encuentra referida a *un requisito* del estado de Cesación de Pagos, a los efectos de su consideración por par-

---

otros hechos reveladores por los cuales se demuestre la existencia de un patrimonio con imposibilidad de satisfacer regularmente y con medios normales las obligaciones que lo gravan” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, en autos: “De Luca, Eduardo s/conc. prev”, sent. del 01/06/2006. Publicado en: LLBA 2006, 1000, con nota de Darío J. Graziabile; IMP2006-19, 2407).

Ello así, toda vez que “El sólo incumplimiento de una obligación no equivale al estado de cesación de pagos, concepción de la doctrina materialista ya superada. Siendo lo relevante determinar si el ‘hecho’ del incumplimiento -analizado con sana crítica- permite al juzgador presumir que el deudor se encuentra en estado de insolvencia” (Cámara en lo Civil y Comercial de Tandil, causa 9454, autos: “Giatybat S.A.I.y C. s/ Quiebra”, sent. del S 31-10-1989 , RSD-18-137), en tanto “El estado de cesación de pagos: no se configura por los simples incumplimientos, toda vez que éstos no poseen por sí un significado unívoco, desde que puede dejar de pagarse por enemistad, o, aún porque no se quiere, o bien considerar seriamente objetable la pretensión perseguida” (Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala 2, de Mar del Plata, causa 92557, autos: “Santa María S.A. s/ Quiebra”, Resol. del 1-8-1995, RSI-580-95).

En el orden nacional, en similar sentido, se ha expuesto que “La cesación de pagos no es un incumplimiento sino un estado del patrimonio, razón por la cual, los hechos reveladores de aquél, deben tender a acreditar que el deudor se halla, económicamente, en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones en una forma general” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, en autos: “Inkwil S.A. s/quiebra”, sent. del 13/02/2009. Publicado en Sup. CyQ 01/01/1900, 38 - LA LEY2009-E, 206)

te de la ley, como presupuesto habilitante de la apertura de los procesos de naturaleza concursal y que consiste en su exteriorización.

En virtud de principios esenciales del derecho concursal moderno, de raigambre constitucional, se exige la exteriorización por distintos medios, de toda circunstancia que permita inferir la existencia de la cesación de pagos.

Dicha exigencia cuenta con reconocimiento de jerarquía constitucional dentro de nuestro derecho, hallándose expresamente receptado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual veda a los magistrados el ingreso en la consideración de cuestiones puramente internas o privadas de los hombres, no manifestadas en la realidad, por actos o hechos externos que no perjudiquen a terceros.

Aquello que no se revela exteriormente, carece de trascendencia jurídica, permaneciendo en el campo moral del sujeto involucrado. La investigación directa de la insolvencia del sujeto, sin hechos externos que lo manifiesten, importa una inadmisibile intromisión en la esfera interna del deudor, perjudicial para la libertad y la intimidad de las personas, pudiendo dar lugar a innumerables abusos.

En virtud de estas consideraciones brevemente esbozadas, se adiciona a los requisitos propios del estado de Cesación de Pagos, para tener por configurado el presupuesto habilitante de las soluciones concursales

legalmente previstas, la verificación de hechos exteriores, empíricamente verificables, por los cuales aquella se revele al mundo fenoménico.

Sin manifestaciones exteriores, sin hechos reveladores causados por dicho estado, el mismo no resulta suficiente a los efectos de la apertura de proceso concursal alguno.

En cambio en el concurso preventivo, al ser el propio deudor quien comparece, los requisitos legales aludidos no están en juego y por ende es viable aceptar que el mismo denuncie su propio estado de cesación de pagos o, como postulamos en este estudio, un estado previo o casi inmediato anterior ese estado.

## **19. DIFICULTAD DE LA PRUEBA**

Debe señalarse que la Cesación de Pagos, en cuanto estado de tipo económico patrimonial, resulta ser de carácter interno y por ello de muy difícil prueba –si no imposible-, para los terceros ajenos al propio cesante.

La prueba directa de dicho estado no resulta viable por cuanto supondría interferencias excesivas y cuestionables sobre la esfera íntima y privativa de una persona.

Los extremos constitutivos de la Cesación de Pagos son complejos y de causación múltiple, no siempre evidentes, los cuales en caso de no exteriorizarse mediante hechos efectivos, pueden no trascender hacia terceros y, por tanto, no resultar conocidos o acreditables por estos.

Por otra parte, permitir la investigación e intromisión por terceros sobre la situación patrimonial interna de las personas, supone una peligrosa herramienta para la configuración de los más variados abusos, impidiendo el normal desarrollo de los negocios y –en casos- de considerables y onerosos dispendios de actividades, cuya única consecuencia final sería la afectación del crédito en general así como del derecho a la privacidad, que debe ser celosamente custodiados por la sociedad toda.

El estado configurativo del presupuesto objetivo en materia concursal no resulta acreditable en forma directa. Sólo resulta posible probarlo mediante indicios, o pruebas indirectas, las cuales deben reunir entidad suficiente de convicción a los efectos de tener por configurada la impotencia patrimonial (interpretación que está sujeta al arbitrio judicial).

## **20. LOS HECHOS REVELADORES**

Como decimos, ante la imposibilidad o inconveniencia de la prueba directa del estado de impotencia patrimonial –especialmente por terceros- se requiere la acreditación de la misma, mediante la prueba de hechos exteriores que revelen dicho estado.

Estos signos exteriores demostrativos del estado cesante del patrimonio reciben el nombre de “Hechos Reveladores”, en virtud de su carácter probatorio, demostrativo, “revelador”, respecto de la cesación de pagos.

La importancia que revisten éstos, ha llevado al tratamiento particular y pormenorizado de los mismos por parte de la doctrina, analizando aquellos que resultan más habituales en la práctica y efectuando diversas clasificaciones de los mismos, según sus características comunes o diferenciales, en pos de de su mejor tratamiento y estudio, no obstante las críticas que dicho análisis y clasificación ha merecido por parte de la doctrina especializada<sup>70</sup>.

La amplitud con que se interpreten y admitan los mismos, dependerá directamente de la concepción que se admita respecto del estado aludido, toda vez que la teoría materialista únicamente reconoce como revelador de la Cesación, el incumplimiento de una o más obligaciones. La teoría intermedia, si bien acepta otros igualmente exteriorizantes de este estado, exige la constatación de cuando menos un incumplimiento como recaudo externo esencial y central en la configuración del presupuesto objetivo.

Como se manifestara oportunamente, en algunos ordenamientos se ha optado por la enumeración de ciertos hechos particulares, determinados taxativamente, para su consideración como habilitantes de la vía con-

---

<sup>70</sup> En dicho sentido, se ha sostenido que: “En esta dirección, la clasificación de una antigua doctrina, muy respetada en Argentina, referida a la existencia de hechos reveladores de manifestación directa o indirecta, carece realmente de sentido. Unos y otros no tienen diferencias sustanciales y unos u otros pueden demostrar indiciariamente la cesación de pagos o no patentizarla. Es siempre la interpretación global, sobre las trazas sustanciales que hemos enunciados y las pautas de criterio que indicaremos inmediateamente, la que deberá practicar el juez” (PAJARDI, Piero, “**Derecho Concursal**”, Tomo I, Ed. Abaco, Buenos Aires, 1991, p. 300).

cursal, encontrándose, por ende, prefijada legalmente su consideración como determinantes del estado de quiebra o insolvencia.

Pero es en el ámbito de las teorías amplias donde la noción de Hechos Reveladores adquiere toda su importancia y alcances, atento la admisión de la existencia de numerosos mecanismos y exteriorizaciones mediante los cuales puede revelarse la Insolvencia Patrimonial de un sujeto. Por ello no puede efectuarse una enumeración taxativa que agote la totalidad de supuestos posibles, en virtud de la constante variación que estos sufren en la práctica y el dinamismo propio de las relaciones negociales.

Sin perjuicio de lo señalado, existen algunos que son tradicionalmente considerados como reveladores de situaciones de impotencia y que suelen ser generalmente receptados en las legislaciones, en forma enunciativa. Así, el artículo 79 de nuestra legislación concursal efectúa una sucinta enumeración, con carácter ejemplificativo, de hechos típicos que revelan este estado.

Pero, debido a las particularidades del estado de Insolvencia -que fueran señaladas anteriormente-, todo hecho que se pretenda revelador del mismo, puede no resultar ser tal, dado que los mismos carecen de una significación exclusiva o unívoca. Cada uno de los mismos podrá tanto resultar consecuencia de un estado patrimonial de crisis, como también provenir de situaciones diversas y carentes de vinculación con un Patrimonio Impotente. Su significación resulta ambigua, y en su interpretación deberá

emplearse la debida prudencia, en particular por parte del juzgador llamado a expedirse sobre la materia.

Por tanto, y en virtud del carácter meramente ejemplificativo que reúne la enumeración contenida en el mencionado artículo 79, el órgano competente para expedirse acerca de la Cesación de Pagos, se encuentra válidamente facultado para considerar hechos reveladores con entidad suficiente a efectos de formar prudencial convicción acerca de la situación de insolvencia que afecta el patrimonio del deudor en cuestión, no obstante la no inclusión de los mismos en dicho listado. Así como también, habilita a la desestimación de aquellos hechos que no obstante encontrarse incluidos entre los enumerados o habitualmente aceptados, en caso que no resulten idóneos a tales fines, en el caso en examen.

Por lo expuesto, para alejar nuestra legislación de las concepciones más restringidas del presupuesto objetivo, si bien se incluye entre los posibles hechos exteriorizantes de la Cesación de Pagos al mero incumplimiento de una obligación, no puede por ello identificarse con la cesación de pagos, que se refiere al estado general del patrimonio del deudor y no al solo incumplimiento, que es su exteriorización. El valor de estos hechos es meramente indiciario y será en virtud de la confluencia de los mismos, unidos a las circunstancias y particularidades de cada caso concreto, que los mismos reunirán la entidad convictiva suficiente en torno a la constatación efectiva del presupuesto objetivo, la cual autorice al órgano competente a la habilitación de la vía concursal.

Los hechos que se aleguen, tanto por acreedores que pretendan la acreditar la cesación de pagos en que se encuentren sus deudores, o bien por el mismo deudor presuntamente cesante, deben reunir las características de univocidad, concreción, determinación y fácil constatación, no pudiendo admitirse meras afirmaciones genéricas, circunstancias generales, o complejas elaboraciones que no se traduzcan en verdaderos hechos demostrables empíricamente.

Con ello se quiere manifestar que la mera constatación fáctica de la existencia de los mismos, pretensamente reveladores de una situación de desequilibrio económico-patrimonial, no supone la automática constatación de dicho estado y por ende su declaración judicial. Sino que en cada caso, corresponderá al órgano jurisdiccional su meritación, en la determinación de si las circunstancias fácticas acreditadas constituyen una verdadera exteriorización de una situación de Insolvencia.

Se advierte que lo manifestado no debe interpretarse como necesaria coexistencia de pluralidad de hechos reveladores a los fines de la apertura de los procesos de esta naturaleza, pues si bien lo habitual resultará la multiplicidad de los mismos, situación generalmente derivada de una progresión paulatina de desarrollo anormal del crédito y los negocios del sujeto deudor, no por ello debe descartarse la posibilidad de la declaración de apertura de los procesos frente a la primer manifestación exterior del mismo, siempre y cuando la misma revista entidad y fuerza convictiva suficiente.



En oportunidad de expedirse sobre la cuestión, deberá considerarse en forma conjunta, global, la pluralidad (o no) de hechos presuntamente exteriorizantes de una situación de Insolvencia y las circunstancias del caso, para así determinar si los mismos resultan verdaderamente reveladores de tal estado, o bien si dichos signos son tales solamente en apariencia, resultando consecuencia de situaciones distintas a la crisis patrimonial.

La presente cuestión resalta la importancia de la apreciación jurisdiccional y la debida prudencia con que habrá de realizarse la misma. Debe efectuarse un ejercicio delicado de la judicatura a efectos de evitar situaciones de abuso, tanto por acreedores inescrupulosos los cuales pretendieran utilizar indiscriminadamente la vía falencial como medio de cobro compulsivo, alegándose la existencia de Cesación de Pagos ante meros incumplimientos no provenientes de tal estado; como así también frente a deudores que empleen las figuras concursales como medio de licuación de pasivos que no encuentre justificación en una verdadera situación de necesidad derivada de una imposibilidad de cumplimiento normal<sup>71</sup>.

Nuestra tesis, enfocada sobre la situación o estado de inminencia, también se enmarca en límites de razonabilidad en la apreciación e inter-

---

<sup>71</sup> Así lo expresan CHIAVASSA y DI TULLIO: "De allí que su apreciación judicial debe efectuarse con la máxima prudencia y objetividad, ponderando todos los elementos aportados en orden a la justificación adecuada de la real existencia del estado de cesación de pagos. A ese fin, el juzgador acude a los hechos "reveladores" que inevitablemente tienen que ser graves y concordantes, debiendo ser analizados en su conjunto y tales hechos deben traducir una serie de circunstancias susceptibles de aprehensión con la necesaria objetividad como para transferir su constancia a actuaciones judiciales." (CHIAVASSA, E. N., DI TULLIO, J. A., op. cit.)

pretación de las situaciones fácticas, para impedir el abuso de derecho, por parte de quienes traten de utilizar la nueva figura jurídica propuesta para “engañar” o “defraudar” a sus acreedores.

De ninguna manera puede admitirse la presentación concursal preventiva sin que quede –a criterio del Juez- fehacientemente demostrada la real, efectiva situación de inminente cesación de pagos.

Siendo sujeta a apreciación del órgano jurisdiccional la determinación de la configuración del presupuesto objetivo y de los hechos reveladores del mismo, resulta excluida la posibilidad del establecimiento de fórmulas precisas o “recetas” que permitan tener por acreditado el estado de insuficiencia patrimonial del deudor, eliminándose toda forma de sistema de pruebas legales.

Por todo lo expuesto, deberá analizarse cada hecho en particular, y su potencialidad exteriorizante de un estado de insolvencia, tanto en sí mismo como unido a los elementos concurrentes, extrínsecos y en conjunción con los restantes presuntos hechos reveladores.

## **21. PRUEBA DE LA CESACION O DE LOS HECHOS REVELADORES**

La legislación es clara en cuanto requiere la acreditación de los sucesos a través de los cuales se manifiesta la Cesación, pero sin requerir la

prueba de la cesación de pagos en sí misma. Especialmente cuando se trata de procesos necesarios, a pedido de acreedores.

Ello se debe a la imposibilidad que existirá habitualmente -y en particular tratándose de acreedores solicitantes de concursamiento de sus respectivos deudores-, a los fines de acreditar un estado patrimonial de Insolvencia y la falta de medios tendientes a dicho fin.

Es doctrina predominante la que sostiene que, en cuanto a los supuestos concursales voluntarios donde es el propio deudor quien alega su situación patrimonial carente de potencialidad, si bien se encuentra en mejor posición en pos de la acreditación directa del estado en que se ve inmerso, tampoco resultará exigencia a los fines de la procedencia de los remedios concursales la demostración efectiva y directa del estado; sino que su alegación, unida a la demostración de los hechos exteriorizantes de la misma, en tanto unívocos, concretos y determinantes, dará cumplimiento suficiente a las exigencias normativas en torno al presupuesto objetivo.

Pero es respecto de los acreedores y la tutela de sus intereses frente al deudor fallido, que esta diferenciación entre acreditación del estado y de los hechos se destaca marcadamente. Resulta acertado lo manifestado por CASADIO MARTINEZ, en cuanto a que *“lo cierto es que el acreedor no tiene manera de probar el estado de cesación de pagos como una situación patológica del patrimonio sino que lo único que puede exhibir son los hechos derivados del incumplimiento de una obligación, expresada gene-*

*ralmente en un cheque o un pagaré; por eso más allá que la cesación de pagos sea uno de los aspectos sustanciales de la quiebra, es la exteriorización de la cesación de pagos lo único que se conoce en el mundo exterior y que puede permitir la declaración del estado de falencia”<sup>72</sup>.*

La admisión respecto de la necesidad de la probanza de los hechos reveladores y no del estado de Cesación, no debe llevar a sostener la suficiencia por sí sola, a estos efectos, de la acreditación de cualquier incumplimiento o situación prevista por nuestra normativa. Sino que unidas a ello deberá hallarse circunstancias que permitan considerar que esos hechos reveladores sean tales, respecto de una verdadera situación de Insolvencia y no producto de causas distintas a ésta.

Finalmente, estos hechos reveladores pueden ser acreditados por cualquier medio admitido en el ordenamiento procesal, en tanto resulten aptos a tales fines. Se admiten las presunciones, en cuanto estas revistan los requisitos que los códigos de forma exigen en materia probatoria respecto de las mismas. Así se ha establecido que *"las presunciones no establecidas por ley constituirán prueba cuando se funden en hechos reales y probados y cuando por su número, precisión, gravedad y concordancia, produjeran convicción, según la naturaleza del juicio, de conformidad*

---

<sup>72</sup> CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, *“Rechazo ‘in limine’ de la petición de quiebra”*, publicado en LA LEY 2009-B, 480.

*con las reglas de la sana crítica"* (conf. art. 163 inc. 5º, Cód. Procesal de la Nación).

Dichas consideraciones resultan particularmente relevantes en este punto, en virtud del dinamismo reinante en la materia y las transformaciones constantes e indefinidas de los signos exteriores o hechos reveladores de la insolvencia patrimonial del deudor que justifican especialmente su apreciación particular frente a cada caso concreto llevado a conocimiento de los magistrados, a fin de determinar con exactitud la situación patrimonial y si la misma amerita la solución concursal.

Nuestra tesis se diferencia de éste criterio, pues la inminente insolvencia se podrá demostrar por otros medios que no sean efectivamente incumplimientos –aunque la mayoría de los casos así se evidencian-.

Pretendemos dar asistencia al patrimonio en forma preventiva y no liquidativa.

## **22. EL CASO DE LA CONFESION POR EL PROPIO DEUDOR**

Una situación particular, como se adelantara, se plantea en aquellos casos en que es el propio deudor, pretense cesante, quien se presenta ante el órgano competente y declara hallarse incurso en el estado de Cesación de Pagos, solicitando su concurso o quiebra.

La mayoría de las legislaciones, incluida la argentina, reconocen entre los hechos reveladores del presupuesto objetivo, la confesión del propio

deudor, adquiriendo ésta una particular fisonomía cuando dicha confesión consiste en la solicitud de apertura de alguna solución concursal a su respecto.

En torno a esta situación tanto la doctrina como la jurisprudencia presentan posiciones diversas, en su consideración práctica y de idoneidad a los efectos de motivar la apertura y tramitación de un proceso de esta naturaleza.

No hay duda que en todo caso en que exista una manifestación proveniente del propio pretense cesante, ello resultará uno de los elementos de convicción más poderosos, unívocos y determinantes de un estado de crisis o impotencia patrimonial. En especial cuando dicha confesión consiste o se infiere de la solicitud del amparo legal de su particular situación a través de su voluntario sometimiento al ordenamiento concursal.

Por otra parte, en una posición de mayor corrección o pureza teórica, pero no siempre receptada (en especial en la práctica tribunalicia), se ha sostenido la insuficiencia de la sola manifestación efectuada por parte del propio deudor a los efectos de considerar suficientemente acreditado el presupuesto objetivo.

Tal es la orientación en que se ha manifestado MAFFIA, uno de los más claros y contundentes sostenedores de esta posición, señalando que: "si estamos hablando del presupuesto objetivo de apertura del concurso, si se trata, repetimos, del presupuesto objetivo, ¿es pensable que se satisfaga

con que el deudor lo diga? Es de una patencia irrefragable que si alguien se halla sumido en decoctio, no lo está porque lo diga ni deja de estarlo porque lo calle (o niegue). Sin embargo, para nuestros regímenes de 1972, 1983,1995 y 2002, basta con decirlo. Y si en lugar del almacenero que inspiró a la ley Castillo, se trata de una sociedad de cierto nivel -no hace falta pensar en Parmalat-, es posible que padezca aquel estado incluso sin saberlo, o que crea sincera, pero erróneamente, que lo está”<sup>73</sup>.

En definitiva, el planteo se centra en la imposibilidad de la admisión, sin más trámite, del proceso concursal fundado exclusivamente en la manifestación realizada por el propio deudor y en la posibilidad de requerir la adjunción de otras pruebas tendientes a acreditar dicha situación en otros hechos por los que ésta se hubiera exteriorizado.

Dicha postura persigue una finalidad práctica: Evitar situaciones de abuso o aprovechamiento de los procesos por parte de deudores inescrupulosos con fines de licuación de pasivos, ante situaciones que no revisten las condiciones justificantes de la aplicación de los graves remedios contenidos en el derecho concursal, especialmente previsto para situaciones de determinada gravedad que ameritan el empleo de éstos mecanismos.

---

<sup>73</sup> MAFFIA, Osvaldo J., “¿Hay alguna diferencia entre incumplimiento y estado de cesación de pagos?”, publicado en Revista El Derecho, 03/06/2004.

Dichos motivos son los que llevan a Pablo HEREDIA a la aceptación de esta postura<sup>74</sup>.

Sin embargo, numerosos y prestigiosos autores han disentido con esta posición, contando actualmente con un destacable respaldo en la práctica tribunalicia. Se considera que frente a estos casos particulares no corresponde al jurisdicente denegar el acceso a estos procesos. Los fundamentos son variados.

Por una parte, Raymundo FERNANDEZ<sup>75</sup> reconoce que no obstante consistir la Cesación de Pagos en una imposibilidad de atender a las obligaciones exigibles, difiriendo del caso de ausencia de pago motivada en la falta de voluntad del sujeto deudor pudiendo éste abonar las mismas, en la práctica, las consecuencias respecto de los acreedores resultarían asimilables, viéndose éstos privados en forma generalizada del cobro de sus legítimas acreencias. Llega a la conclusión que no podría denegarse la apertura del proceso liquidativo que resultara impulsado por el propio sujeto deudor.

En consecuencia, se sostiene que no corresponde al juez el análisis de la composición, suficiencia, o potencialidad del patrimonio del sujeto que admite encontrarse en estado de Insolvencia. Se debe limitar a la apre-

---

<sup>74</sup> HEREDIA, Pablo, op. cit, Tomo I, págs. 223 y 371

<sup>75</sup> FERNANDEZ, op. cit., p. 404/407.



ciación judicial del presupuesto objetivo, debiendo proceder a la aplicación del régimen pertinente.

Similar criterio han seguido Jorge GRISPO<sup>76</sup>, Julio Cesar RIVERA<sup>77</sup>, entre otros. Esta posición es adoptada por numerosa jurisprudencia<sup>78</sup>.

En nuestro ordenamiento actual, esa orientación encuentra escollos, dados los términos en que se hallan redactados el artículo 1º de la Ley Concursal, así como el inciso 2º del artículo 11 de la misma, que establece, entre los requisitos formales que deberán cumplimentarse a los efectos de la solicitud de apertura de un proceso concursal preventivo: “*Explicar las causas concretas de su situación patrimonial con expresión de la época en que se produjo la cesación de pagos y de los hechos por los cuales ésta se hubiera manifestado*”.

---

<sup>76</sup> “Va de suyo que la invocación de hechos y circunstancias dirigidas a probar la cesación de pagos, sólo se exige cuando la alegue un acreedor; no ocurre lo mismo cuando es el propio deudor quien la reconoce: es suficiente su confesión. Se justifica así el método seguido en la regulación del concurso preventivo, dicha confesión suple cualquier otra prueba.” (Grispo, Jorge D, “**La prueba del estado de cesación de pagos y sus hechos reveladores frente a la declaración de quiebra**”, LA LEY2000-B, 1109)

<sup>77</sup> “En el concurso preventivo basta con la confesión que al respecto haga el deudor que solicita la apertura de su concurso” (RIVERA, Julio César, “**Instituciones de Derecho Concursal**”, t. I, p. 187, 2ª ed. actualizada)

<sup>78</sup> CNCom, sala E, “Zarzecki SA s/ pedido de quiebra por Alonso, Gabriel J.”, 19/10/81, La Ley, 1982-C, 39; CCiv y Com., Bahía Blanca, sala I, “Paladini SA”, 23/4/82, ED, 97-607; CNCom., D, “Emardepa SA s/ incidente de verificación por Mjusanic, Ricardo”, 29/3/90, publicado en La Ley, 1991-C, 343; “Para la acreditación del estado de cesación de pagos basta con que el deudor manifieste que se encuentra imposibilitado de atender sus obligaciones y el juez se ha de pronunciar con su sola manifestación, aplicándose el principio in dubio pro concurso” (CCiv.Com. y Minas San Luis, 31/3/97, “Di Chiacho, Héctor F.”, LLGran Cuyo, 1998- 474), entre otros.

Mas se ha interpretado que no cabe requerirse la acreditación efectiva del estado de cesación de pagos, sino que habrá que interpretar literalmente la norma citada bastando la invocación de tal estado y la explicación de las pretensas causas que han generado el mismo, con finalidades meramente informativas, sin mayores necesidades de acreditación. Todo requerimiento en dicho sentido, en tanto prematuro, excedería las facultades acordadas al órgano jurisdiccional, el cual no podría ingresar en dichas consideraciones en la oportunidad de resolver sobre la apertura del proceso concursal<sup>79</sup>.

Naturalmente, aun los sostenedores más fervientes de esta tesitura, encuentran un límite infranqueable en aquellos casos en que de las constancias obrantes y de las particulares circunstancias del caso traído a su conocimiento, el juez pueda apreciar que la invocación del presupuesto objetivo es una alegación fraudulenta, cuyo objetivo consista en abusar de la figura concursal con fines no queridos por el ordenamiento de la materia. Esta situación no puede ser admisible por juez alguno y obligará al mismo a resolver rechazando el pedido, evitando la generación de perjuicios respecto de acreedores y terceros.

---

<sup>79</sup> “Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia y la doctrina han señalado en forma prácticamente unánime que -como juzgó la resolución objeto de este comentario- no procede denegar la apertura de un concurso preventivo con base en que no se haya acreditado el estado de cesación de pagos; pues la presentación del deudor solicitando su concursamiento implica el reconocimiento judicial de su estado de insolvencia” ( CÁRREGA, Francisco José , “**La cesación de pagos y la apertura del concurso preventivo del deudor**”, publicado en La Ley Litoral 2002, 01/01/2002, 1113).

### **23. NOTORIEDAD**

pese a la necesidad de que exista una exteriorización del estado de Cesación de Pagos, a los efectos de su consideración como presupuesto habilitante de la vía del proceso universal, a fin de evitar la producción de equívocos en la materia, debe destacarse que ese requisito no ha de extremarse al punto de requerir también la notoriedad, ya sea del estado patrimonial en sí, o bien de los hechos por los cuales se exterioriza.

Basta la existencia de éstos, mas no cabe considerar necesario su conocimiento por terceros más o menos generalizado en forma pública en el ámbito de desarrollo de la actividad por el cesante o dentro de un determinado grupo humano o de personas vinculadas con el deudor.

Como vemos no es necesario grado alguno de publicidad del estado o sus exteriorizaciones. Su justificación surge del excesivo incremento de los requisitos que se produciría a los fines de la acreditación del presupuesto objetivo. Ello ocasionaría la postergación (y en algunos casos la privación definitiva) de la protección prevista por la normativa concursal, volviéndose ésta dependiente de circunstancias contingentes, de compleja y variable determinación como ser el conocimiento que pudieran tener terceros del mentado estado, cuestión de acreditación extremadamente dificultosa y onerosa.

Por otra parte, bastaría que el deudor ocultara en forma fraudulenta las posibles manifestaciones exteriores de su situación patrimonial, para eludir toda acción derivada de los institutos concursales. Lejos de aventar el estado de crisis, esa conducta no hace más que confirmarlo. Muchos de los hechos tendientes a la disimulación de bienes o de negocios perjudiciales al patrimonio han sido receptados como hechos reveladores del estado Cesación de Pagos<sup>80</sup>.

Los defensores de la exigencia de notoriedad, han sustentado su posición principalmente en los efectos que la apertura de todo tipo de proceso concursal proyecta sobre las relaciones del cesante y sus cocontratantes incluso de buena fe (aquí terceros), viendo afectados sus derechos sobre bienes recibidos legítimamente como procedentes del deudor.

Sin embargo esos argumentos derivan en gran medida de la normativa legal en cuyo marco se efectúan. Careciendo generalmente de virtualidad suficiente a fin de justificar el establecimiento de un requisito tan riguroso como es la "notoriedad" o "conocimiento generalizado" del estado de impotencia en que se encuentra el patrimonio del deudor.

---

<sup>80</sup> “Por estos motivos, el estado de hecho que es la cesación de pagos, el cual afecta a un patrimonio impotente para dar oportuno cumplimiento a las obligaciones que lo gravan, se revela por hechos precedentes que no siempre son de conocimiento público y notorio. Por lo que no resulta en nada inconciliable, la configuración de tal estado con la ignorancia de los terceros que no sean los directamente afectados por los aludidos hechos reveladores de la impotencia patrimonial del deudor.” (Grispo, Jorge D, “**La prueba del estado de cesación de pagos y sus hechos reveladores frente a la declaración de quiebra**”, LA LEY2000-B, 1109).

Por todo ello, y particularmente en el ámbito de nuestra tesis, se comparte la doctrina desestimatoria de la inclusión de un requisito semejante. Posición ésta mayoritaria tanto en la doctrina como jurisprudencia actual. Ello, a pesar de la relevancia que dicha notoriedad pueda revestir en torno a la determinación de validez de ciertos actos realizados por el sujeto deudor.

Cuando abordemos nuestra tesis superadora de éste presupuesto como habilitante del concurso preventivo, nos referiremos a este requisito. Adelantamos que no será recaudo necesario la notoriedad de la inminencia por razones obvias.

#### **24. MOMENTO DE PRODUCCIÓN O INICIO DE LA CESACIÓN EN EL CONCURSO PREVENTIVO Y EN LA QUIEBRA.**

Otra cuestión en torno a la exteriorización de este estado patrimonial surge de determinar la fecha de inicio del mismo.

En la práctica muchas veces es difícil establecer el momento en que el mencionado estado comenzó, dado que las dificultades suelen producirse en forma gradual y no instantánea. No es usual que un único hecho pueda considerarse como punto de partida patente o unívoco del comienzo de la Cesación de Pagos (en su conceptualización amplia).

La insolvencia no resulta, habitualmente, generada por un negocio u operación en particular, sino que deviene del desarrollo temporal de la

pluralidad de relaciones que integran la gestión global del patrimonio de una persona, así como de las circunstancias referidas al medio en que las mismas se desarrollan, pudiendo incluso verse agravadas por acciones de extraños o terceros, por la naturaleza, por los denominados “hechos del príncipe”. El desequilibrio es la consecuencia de un proceso más o menos prolongado, con límites difusos, siendo un concepto que admite diversas gradaciones.

No obstante las dificultades reseñadas, la determinación de la fecha o época de perfeccionamiento del estado de Cesación de Pagos, reviste gran importancia práctica, en virtud de las consecuencias jurídicas vinculadas a la misma.

En primer término, cabe señalar que determinados efectos derivados de los procesos concursales guardan íntima relación con dicha fecha. En particular en procesos falenciales, donde existirán distintas acciones de recomposición del patrimonio en crisis frente a actos fraudulentos o sospechosos, tendientes a la efectivización del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores.

Así también, dicha fijación es relevante a los fines de la determinación de posibles responsabilidades de administradores, socios o bien de terceros ajenos al sujeto concursado, por su actuación durante el período

en que el deudor se hallara en Insolvencia, previamente al inicio del proceso concursal<sup>81</sup>.

En nuestro derecho, la determinación de esta fecha central es una tarea conjunta por parte de la sindicatura -en base a la información y documentación con que pudiera contar- y la judicatura, naturalmente con la necesaria intervención de los distintos interesados, incluyendo al deudor fallido.

Corresponderá al órgano jurisdiccional la valoración de los fundamentos y probanzas acompañadas, así como los hechos traídos a su conocimiento. Ello en virtud de la variabilidad de las formas de exteriorización presentada por la práctica y la posible ambigüedad de los presuntos hechos reveladores de la Cesación de Pagos.

Es de resaltar que la fecha no presentará, en sí misma, una limitación temporal a los efectos de su determinación. Sin perjuicio de los topes que pudieran establecerse a los fines de determinados efectos, como ocurre

---

<sup>81</sup> En dicho sentido, cabe tener presente el artículo 160 de nuestro ordenamiento concursal, en cuanto hace extensible la quiebra de la sociedad, a los socios con responsabilidad ilimitada *“que se hubiesen retirado o hubieren sido excluidos después de producida la cesación de pagos, por las deudas existentes a la fecha en la que el retiro fuera inscrito en el Registro Público de Comercio, justificadas en el concurso”*.

Por su parte, en materia de responsabilidad, el artículo 174 establece en su primer párrafo: *“Extensión, trámite y prescripción. La responsabilidad prevista en el artículo anterior se extiende a los actos practicados hasta UN (1) año antes de la fecha inicial de la cesación de pagos y se declara y determina en proceso que corresponde deducir al síndico.”*

en nuestra legislación con relación a las acciones de revocatoria concursal y la ineficacia de los actos perjudiciales al patrimonio<sup>82</sup>.

Mas, a los fines jurídicos, la fijación de la fecha de inicio de este estado de impotencia patrimonial, se encontrará limitado por la fecha del acaecimiento del que pueda considerarse como primer hecho exteriorizante del mismo (atento las consideraciones vertidas oportunamente en torno a la judiciabilidad de cuestiones no exteriorizadas). En consecuencia el estado de Cesación de Pagos será necesariamente preexistente (o cuanto menos coetánea) a la producción de los primeros hechos exteriorizantes del mismo, no pudiendo retrotraerse la fijación judicial hasta su verdadero inicio, sino hasta la fecha de producción del primer hecho revelador, consecuencia de tal estado.

---

<sup>82</sup> Conforme resulta de los términos del artículo 116 relativo a la quiebra, el cual establece que “ARTICULO 116.- Fecha de cesación de pagos: retroacción. La fijación de la fecha de iniciación de la cesación de pagos no puede retrotraerse a los efectos previstos por esta sección, más allá de los DOS (2) años de la fecha del auto de quiebra o de presentación en concurso preventivo” (el subrayado es propio).

Al respecto, con meridiana claridad y sin margen a dudas, se ha expresado que “La fecha de inicio de la cesación de pagos es aquella que fijó el juez en la resolución respectiva, la cual puede ser anterior al límite de retroacción de dos años previsto en el art. 116 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381)” y que “Si bien, por aplicación del art. 116 de la ley 24.522 (Adla, LV-D, 4381), la fecha real de cesación de pagos no puede retrotraerse más allá de los dos años de la presentación en concurso o del decreto de quiebra, ello es así en relación con los efectos que el período de sospecha produce sobre los actos perjudiciales a los acreedores, pero dicho límite de dos años no juega para los efectos relacionados con la responsabilidad de los representantes en los términos de los arts. 173 y 174 de la citada norma” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C, en autos: “Rodríguez Pol, Eduardo Jorge y otros c. Alejandro F. González S.A. y otros”, 06/09/2005, Publicado en: IMP2006-1, 275).

En similar sentido, “Para establecer la fecha inicial del estado de cesación de pagos, el juez debe determinar cuándo comenzó efectivamente dicho estado y debe fijarla en dicha fecha, cualquiera que fuese su antigüedad y aún más allá de los dos años que contempla el art. 116 de la ley 24.522 de concursos y quiebras (Adla, LV-D, 4381)” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala IV, en autos: “Carullo, Roxana s/quiebra”, 26/04/2001, Publicado en: LLLitoral 01/01/1900, 403).



No obstante ello, algunos autores han sostenido que tal fijación habrá de remontarse a su origen real, económico, no hallándose limitado por su exteriorización. En tal sentido se expresa Saúl ARGERI manifestando que: *“Las aclaraciones que anteceden imponen deducir que el hecho revelador del estado de quiebra se produce, como principio, por la actividad del deudor en tiempo posterior a su real ocurrencia económica, puesto que es presumible que la situación y estado crítico de su patrimonio por pérdida de su crédito venga anticipada por circunstancias plurales, de necesario conocimiento de quien actúa profesionalmente en el comercio.... Por consecuencia, la fecha inicial del estado de cesación de pagos debe ser fijada, según aconsejen las circunstancias, antes del momento en que se produzca el hecho revelador del estado de insolvencia que autoriza al juez de decretarla y que es consecuencia de aquél”*<sup>83</sup>.

## **25. CONCEPCION CONTABLE DE LA CESACION DE PAGOS**

Si bien hemos hecho foco principalmente en aquellos aspectos de índole jurídica que presenta el fenómeno del presupuesto objetivo habilitante de los procesos concursales -en general- y de la Cesación de Pagos -en particular-, no debe desatenderse la naturaleza técnico-económica que presentan dichas nociones.

---

<sup>83</sup> ARGERI, Saúl A., *“Algunas reflexiones sobre la fecha del estado inicial de cesación de pagos”*, publicado en LA LEY 1979-C, 1168 y que se refiere al proceso de quiebra.

Es innegable la vinculación existente entre los conceptos de Cesación de Pagos (habitualmente vinculada a la esfera normativa y jurídica) y el de Insolvencia (principalmente utilizada en materia económica y contable). Ello lleva a numerosos doctrinarios a su virtual asimilación en el tratamiento de ambos (como se advirtiera y desarrollara anteriormente), y lo mismo puede observarse en distintas legislaciones sobre la materia, entre las que se halla nuestro ordenamiento concursal nacional.

Así, consideramos que ningún estudio sobre la materia puede desatender los aspectos económicos y contables que presenta el tema de la Cesación de Pagos, pues ello importaría un severo desmedro del desarrollo y utilidad del instituto y su conceptualización, de igual forma que si se omitiera el análisis que ha merecido la fenomenología de la crisis empresarial por parte de las ciencias económicas.

Partiendo de dichas consideraciones, procedemos en los siguientes apartados a efectuar un acercamiento a los aspectos más destacados que brinda el análisis de la Insolvencia y de la Cesación de Pagos, por dichas ramas del saber económico y social, especialmente atendiendo a los estudios realizados en torno a las causas de las crisis patrimoniales, su detección y prevención tempestiva, con especial acento en lo que se sostiene en dichos puntos en el presente trabajo.

## **26. DEFINICIONES**

Es de interés realizar un breve repaso de las conceptualizaciones que han sido efectuadas por estas ciencias en torno tanto a la Insolvencia (que cuenta con mayor recepción entre los profesionales de las ciencias económicas) como a la Cesación de Pagos.

En este ámbito, la variedad de situaciones por las que puede transitar una empresa insolvente dificulta fuertemente dar un concepto unívoco y preciso del fracaso empresarial. Esto obliga a los investigadores de la insolvencia o de la crisis patrimonial a definir un concepto propio, de forma explícita, dando lugar así a las más variadas definiciones en función de los objetivos o en razón de la disponibilidad de datos.

Diversos autores provenientes de las ciencias económicas han atacado la ardua tarea de determinar y definir la Cesación de Pagos, intentado brindar sus consideraciones al respecto, expresando opiniones tan diversas como las apreciadas en el ámbito jurídico.

En una primera aproximación al significado de "Insolvencia", se la ha definido restrictivamente, como una situación de “quiebra técnica, es decir, que el valor de sus deudas supere, desde el punto de vista contable, al total de sus inversiones (fondos propios negativos)”<sup>84</sup>.

Con un criterio más amplio se expresa que “El fenómeno de la cesación de pagos no es puramente económico ni exclusivamente jurídico. El

---

<sup>84</sup> RODRIGUEZ, A.C., MOLINA, M.A. y GONZALEZ PEREZ, A.L., “*La Insolvencia Empresarial: Un Análisis Empírico para la Pequeña y Mediana Empresa*”, Revista de Contabilidad, Vol. 6, N° 12, Julio-Diciembre 2003, ASEPUC, p. 52

criterio para apreciarlo se basa en considerar la aptitud de la empresa, la productividad generadora de recursos de la cual es o no capaz, dejando de lado las causas que generaron la crisis, que pueden resultar en actos aislados y subsanables o traducirse finalmente en hechos reveladores y exteriorizadores de la insolvencia.”<sup>85</sup>

Otros describen la Insolvencia en forma negativa, como una falta de liquidez, destacando diferentes niveles de gravedad de esa situación. Así, una falta de liquidez puede significar que la empresa es incapaz de aprovechar descuentos favorables u otras oportunidades rentables, o bien suponer un freno notable a la capacidad de expansión del emprendimiento o unidad productiva. En cambio, una iliquidez más grave significará una incapacidad de atención de compromisos de pago actuales, conduciendo a una disminución del nivel de operaciones, a la venta forzada de bienes de activo o, en último término, a la suspensión de pagos o a la quiebra.

Por su parte, CARRERAS LLASANA<sup>86</sup> señala que si bien algunos autores hablan de “insolvencia jurídica”, conformada por el mero hecho de la cesación de pagos, considera de mayor relevancia la distinción entre *insolvencia contable*, que sería la constatable por la contabilidad del deudor

---

<sup>85</sup> DOMINGUEZ, Alejandro: “**Cesación de pagos e insolvencia**”, Disponible en: <http://www.grupovector.com.ar/articulos/Cesacion%20de%20pagos%20e%20insolvencia.pdf>

<sup>86</sup> CARRERAS LLASANA, JORGE. Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Concursal II. “La declaración de la quiebra”, páginas 357-384. Editado por CGPJ, Madrid, 1996.

y la *insolvencia económica*, determinada después de verificar los activos reales del deudor tras la correspondiente detracción del pasivo contraído.

PRATS MARQUINA<sup>87</sup> la expone en cambio como una “*insolvencia negocial*” entendida como la incapacidad de generar recursos, a diferencia de la “*insolvencia patrimonial*”, sea transitoria, si el activo es superior al pasivo a una fecha determinada, o definitiva, si el activo es inferior al pasivo exigible. De lo que puede extraerse que la insolvencia negocial se definiría a partir de la Cuenta de Resultados, en tanto la insolvencia patrimonial quedaría reflejada siempre en el Balance.

Por su parte, desde la óptica específicamente contable, otros autores sostienen la posibilidad de análisis de la Solvencia (y correlativamente la Insolvencia), a partir de bases divergentes. A través de un enfoque Legalista, permitiendo referirse a una Solvencia Patrimonial, de naturaleza esencialmente estática, se analiza la suficiencia del patrimonio del sujeto en cuestión para cumplir con su función de garantía en oportunidad de requerirse la liquidación del mismo, para la atención de las cargas y compromisos asumidos. Por ello, dicha posición surge ajustada a las consideraciones que vinculan la Insolvencia, con la constatación de un mero desequilibrio aritmético existente entre el Activo y el Pasivo, conforme la composición patrimonial en un momento dado.

---

<sup>87</sup> PRATS MARQUINA, MARTA. « Insolvencia y crisis económica: Su reflejo en el derecho concursal ». R.G.D. 1998/2541.

Junto a dicho modelo de análisis, se presenta el Económico-Financiero. Este permite delimitar la Solvencia o Insolvencia Económico-Financiera, difiriendo fundamentalmente del anterior, de tipo Patrimonial, desvinculándose de la capacidad liquidativa de los bienes integrantes del patrimonio, o el nivel de endeudamiento, y situando el análisis en la capacidad de generación de fondos mediante el desarrollo de la actividad propia de dicho patrimonio, en análisis suficiente para el cumplimiento puntual de las exigencias financieras.

En la esfera estrictamente contable, es necesario elaborar una clasificación de las partidas del balance, para posteriormente establecer correlaciones entre las distintas cuentas, y la subsiguiente elaboración de conclusiones mediante un análisis técnico financiero y permitir determinar si una estructura patrimonial en particular resulta potencial o actualmente causa de situaciones de insolvencia.

Conforme podemos observar, las tesis explicitadas no difieren sustancialmente de las que han sido desarrolladas por autores de obras jurídicas, que fueran anteriormente analizadas. Existen coincidencias básicas generalizadas, que habilitan similares clasificaciones a las efectuadas oportunamente en torno a la separación de las teorías materialistas, intermedias y amplias.

Así también, se reproduce el debate en torno a la asimilación de las nociones de Insolvencia y desequilibrio aritmético, insuficiencia del Activo, o bien con la mera Iliquidez, conceptos que ya hemos explicitados.

En coincidencia con lo sostenido por la generalidad de los autores de la rama jurídica, se acepta que no es necesaria la exteriorización del estado patrimonial crítico mediante efectivos incumplimientos a los fines de considerar a un sujeto como incurso en supuestos de desequilibrio. Se considera suficiente la constatación de una situación económica caracterizada por un desbalance entre los valores que se han podido realizar en un momento dado y las obligaciones exigibles a dicho momento, lo cual patentiza una situación de impotencia patrimonial.

Para la determinación de esa situación patrimonial, se destaca que debe recurrirse al análisis de estados financieros, es decir, a la utilización de ciertas técnicas, a efectos de investigar y enjuiciar, a través de la información contable, sobre las causas y los efectos de la gestión de la empresa para llegar a su actual situación. De esa forma se podrá predecir cuál será su desarrollo en el futuro, para la adopción de las decisiones consecuentes.

Es dable aclarar que pueden distinguirse tres aspectos fundamentales del análisis de estados contables: el Patrimonial, el Financiero y el Económico. Definiéndose el aspecto financiero –siendo el aquí relevante– como aquél que estudia el conocimiento de la estructura de las fuentes de financiación de la unidad económica así como el pronóstico de cumpli-

miento de sus obligaciones y la posible modificación de la financiación en el tiempo<sup>88</sup>.

## **27. DIVERGENCIAS DE TRATAMIENTO**

Puede observarse entonces, que más allá de los diferentes enfoques, existen numerosas coincidencias, tanto en los términos empleados, como las conceptualizaciones y conclusiones a que se arriba. Esto se debe a la naturaleza compleja de la parcela abarcada de la realidad, que involucra en su tratamiento tanto a la Economía, la Contabilidad como al Derecho, presentando elementos específicos de cada uno de ellos y afectando diversas esferas interconectadas de la realidad social y económica.

No obstante ello, y las coincidencias básicas en torno a los conceptos empleados, puede apreciarse que las diferencias se fundan en mayor medida en las diversas corrientes de pensamiento seguidas por los autores, observándose similares debates y multiplicidad de opiniones tanto en las ciencias jurídicas como económicas. Las diferencias, en gran medida no deben verse como un problema o una incompatibilidad de visiones. Son, antes bien, una oportunidad de lograr un tratamiento más integral e interdisciplinario de un tema complejo.

---

<sup>88</sup> FERNANDEZ PIRLA, J.M., “*Teoría Económica de la Contabilidad*”, Madrid, ICE, 1983



Por tanto, para esta rama del saber, en materia de insolvencia o crisis patrimoniales esencial es el tránsito de una primera etapa ineludible, consistente en el estudio y análisis de la información emanada de las cuentas y datos contables y financieros, a fin de conocer la real situación en que se encuentra el patrimonio bajo estudio, en un momento dado.

Dicho análisis, que en primer lugar permitirá conocer los datos referidos a la situación patrimonial, ha de ser realizado y valorado en sí mismo y con la vinculación existente entre los datos obtenidos, conforme la técnica y saber contable, así como mediante la confrontación con información estadística y aplicación de las diversas fórmulas contables y financieras, a los fines de lograr, a partir de la información abstracta brindada por las cuentas y estados, determinar si los mismos manifiestan situaciones de Insolvencia o de imposibilidad de atención de compromisos, que en definitiva permitan afirmar que el sujeto se halla en Cesación de Pagos.

Este proceso tiene como objetivo la determinación de la existencia o no de un estado de Insolvencia. Y tendrá por destino el de informar a los sujetos interesados y principalmente a los cuadros decisorios de una organización o del propio deudor, a los efectos de permitir la toma de decisiones correspondiente, sobre la base de información suficiente, que permita ajustar el comportamiento de los involucrados en forma acorde a la particular circunstancia detectada.

Se estima que el análisis de estados financieros y/o contables consiste en un proceso de reflexión con el fin de evaluar la situación financiera actual y pasada de la empresa, así como los resultados de sus operaciones.

Frente a dicha situación, en los últimos tiempos se ha destacado con creciente preocupación la insuficiencia de un tratamiento como el señalado en materia de insolvencia. Ello en razón de que el estudio y análisis aislado de la situación histórica de un patrimonio (especialmente en materia empresarial) se presenta limitado y de relativo valor. Las relaciones económicas y comerciales resultan esencialmente dinámicas, mutables y por tanto es esencial la previsión futura de desenvolvimiento probable de las diversas variables analizadas. No escapa a dicha voluntad de prospección las variables referidas a la solvencia patrimonial.

Es así que, juntamente con el análisis tendiente a la determinación actual de estados de Insolvencia, existe hoy una tendencia generalizada a la investigación y desarrollo de modelos de pronóstico y prevención de la Cesación de Pagos, que permitan una más temprana detección de situaciones de riesgo, como también una razonable previsión del desenvolvimiento que habrá de tener un patrimonio en un lapso temporal más o menos extenso.

Sin embargo, en forma previa al tratamiento de los modelos, variantes y mecanismos desarrollados a tales efectos, corresponde efectuar algu-

nas consideraciones en torno a los conceptos habitualmente empleados por la contabilidad en esta materia.

## **28. CRISIS EMPRESARIAL O DIFICULTADES FINANCIERAS**

En materia contable, son centrales las nociones de Riesgo, Crisis Empresarial (o sus equivalentes como ser Dificultades Financieras) y Solvencia (y su contrapartida, la Insolvencia).

Al respecto, FORNERO expresa que: "Se considera que una empresa enfrenta dificultades financieras cuando no puede atender la totalidad de los compromisos de pago de un modo regular. Los compromisos de pago pueden tener origen operativo (proveedores, personal, impuestos) o bien origen financiero (servicios de los préstamos)"<sup>89</sup>, asimilándose en muchos puntos con la conceptualización amplia de la Cesación de Pagos.

Pero, en un concepto más técnico, se expresa que estas dificultades se encuentran configuradas cuando el patrimonio en el corto plazo devenga un capital de trabajo negativo o cuando tenga un déficit en el mismo. Es decir cuando los pasivos corrientes sean superiores a los activos co-

---

<sup>89</sup> FORNERO, Ricardo A., "Análisis Financiero Con Información Contable", Facultad de Ciencias Económicas – Universidad Nacional de Cuyo, disponible en: <http://fce.uncu.edu.ar/investigacion/Publicaciones/AFIC/afic.zip>

rrientes<sup>90</sup>, siendo que Capital de Trabajo = “Activo en transformación” *menos* “Pasivos o Recursos en Transformación”.

El activo de transformación es aquel de disponibilidad inmediata (como caja y bancos) o realizable a corto plazo (inversiones, créditos y bienes de cambio), mientras el pasivo de transformación es el exigible a corto plazo (generalmente proveniente de deudas comerciales, cargas laborales y sociales, deudas fiscales, o similares).

De este desarrollo surge manifiesta la naturaleza dinámica de la Insolvencia y su vinculación con las características de los activos y pasivos involucrados en una empresa.

Por tanto, a los fines de evaluar la Crisis o su riesgo, es un requisito esencial examinar las características cualitativas de los rubros contables involucrados, como así también los elementos cuantitativos, los que facilitarán la determinación de las causas que han llevado al resultado negativo.

Y es justamente frente a esta situación de insuficiencia o déficit de capital de trabajo que se presenta -dentro de las medidas consideradas legítimas a los efectos de su superación- la solicitud de apertura de su propio concurso (tanto preventivo como liquidativo), o bien la utilización del instituto del acuerdo preventivo extrajudicial, entre otras medidas posibles.

---

<sup>90</sup> DOMINGUEZ, A., op. cit.

Aparece así la insuficiencia de la mera comparación aritmética entre valores a los fines de la determinación de situaciones de crisis, incorporándose elementos cualitativos, dinámicos, a tales fines, lo que a la par de brindar un mejor análisis de la real situación patrimonial y contable pero, incorpora no pocas dificultades a su estudio.

Mas, al igual que ocurriera en oportunidad de analizar similares conceptos entre los diversos autores de las ciencias jurídicas, existe una notoria ambigüedad y falta de la delimitación del ámbito descripto de las nociones de Dificultades o Crisis, presentando importantes variaciones de amplitud según el autor o corriente doctrinaria que trate la cuestión, o bien los elementos considerados para su conceptualización o detección.

## **29. DETERMINACION Y DETECCION**

Ahora bien, no basta con la definición de lo que ha de entenderse por Insolvencia o Solvencia.

Las más recientes nociones de Dificultades Financieras o Crisis Empresarial, en definitiva resultarán siempre de conceptos difusos, admitiéndose diversos grados y sus límites precisos se presentarán borrosos, especialmente en materia contable.

Por lo tanto es esencial, partiendo de los mismos, la elaboración y desarrollo de herramientas que permitan el diagnóstico y determinación,

frente a los casos concretos, de situaciones de impotencia patrimonial para afrontar las obligaciones exigibles.

En este aspecto, la contabilidad demuestra su relevancia central, toda vez que este diagnóstico de situación patrimonial, habrá de realizarse mediante el empleo de indicadores contables y el análisis de flujo de fondos esperado, donde el rendimiento del patrimonio y sus componentes es el indicador básico para el diagnóstico.

A partir de los datos obtenidos y consignados en las diversas cuentas llevadas habitualmente por todo tipo de emprendimientos, y mediante la aplicación de un conjunto de técnicas e instrumentos analíticos a los estados financieros, se pueden deducir una serie de medidas y relaciones que son significativas y útiles para la toma de decisiones.

En tal sentido, se concluye que una empresa con rendimiento bajo, presenta mayores riesgos de afrontar dificultades económicas o financieras en el futuro.

La contabilidad ofrece, para la observación de la situación financiera estructural de la empresa, dos categorías básicas de indicadores: los coeficientes de solvencia y de cobertura de intereses.

La medida de solvencia es un indicador del respaldo patrimonial con que cuentan los acreedores, porque permite determinar en qué proporción los bienes existentes -de titularidad del sujeto analizado- permi-

tirán (una vez reducidos al común denominador del dinero), atender el pasivo existente sobre dicho patrimonio.

Así, la medida de solvencia resulta de la relación entre el Activo Total y el Pasivo Total:

$$\text{Medida o ratio de solvencia} = \frac{\text{Activo total}}{\text{Pasivo total}}$$

Un coeficiente bajo significará mayor riesgo de imposibilidad de atención de las cargas patrimoniales crediticias.

Sin embargo, conforme fuera expuesto, para un debido análisis de la verdadera situación de un patrimonio no basta la comparación estática entre la totalidad del activo y del pasivo, con desatención de la “realizabilidad” o liquidez del activo involucrado y su confrontación con los plazos de exigibilidad de lo adeudado. Así, la composición -el aspecto cualitativo y no solo el cuantitativo-, tanto del activo como del pasivo, detentan especial significación a los fines de la determinación de situaciones de solvencia o insolvencia. Por lo cual suele complementarse mediante un indicador de inmovilización, como el cociente existente entre el Activo No Corriente respecto del Activo Total. De él resulta la participación del activo fijo en el total y por tanto a mayor coeficiente, mayor la inmovilización de los activos y menor la liquidez disponible para la atención de obligaciones y pasivos corrientes.

Ello se complementa con la Razón o ratio Corriente (*Activo Corriente / Pasivo Corriente*). Este mide las disponibilidades actuales para atender las obligaciones existentes a una fecha determinada, pero por sí sólo tampoco refleja la capacidad que se tiene para atender obligaciones futuras, ya que ello depende también de la calidad y naturaleza de los activos y pasivos corrientes, así como de su tasa de rotación

Uno de los indicadores más directos para interpretar el coeficiente de solvencia suele ser el *financiamiento del activo fijo* (esto es, el cociente *Patrimonio Neto / Activo no corriente*). Ello así, considerando dos empresas con igual coeficiente de solvencia, un indicador de financiamiento del activo fijo más bajo, señalará un riesgo mayor para los acreedores (en tanto el mismo se encontrará respaldado en pasivo y no patrimonio neto).

Por su parte, los ratios de la estructura del pasivo ponen en evidencia la naturaleza de los recursos de que dispone la empresa, expresando su endeudamiento.

La relación que debe existir entre fondos propios y ajenos es difícil de determinar, en tanto no existe criterio obligatorio alguno al respecto, siendo variable su entidad de acuerdo al objeto de la empresa o actividad. Se admite incluso el desarrollo de la actividad exclusivamente sobre la base de financiación externa, tomando como único límite real la incidencia que el financiamiento ajeno presente sobre la rentabilidad.



Naturalmente, por lo general un mayor autofinanciamiento, representará un margen de maniobra más elevado, así como capacidad de endeudamiento y menores posibilidades de que se presenten dificultades o crisis de tipo financiero.

Sin perjuicio de las nociones explicitadas, los instrumentos que mayor relevancia presentan en la materia, son aquellos referidos a la liquidez patrimonial y las relaciones entre las disponibilidades (usualmente Caja y Bancos) y los pasivos de corto plazo.

Así, corresponde distinguir el índice de Tesorería, consistente en la división de las Deudas Inmediatas sobre el Disponible de la empresa, el cual revelará si el patrimonio analizado se encuentra en condiciones de cumplir con sus obligaciones de vencimiento a la vista y que por ende no ha de resultar inferior a 1.

Otro índice de utilidad es el de la llamada Prueba Ácida:

$$\text{Prueba ácida o reacción acida} = \frac{\text{deudas a corto plazo}}{\text{Disponible mas realizable}}$$

En este caso además de los rubros incluidos en el índice anterior, se adicionan los pasivos a corto plazo y los bienes realizables al contado en fecha inmediata (más las disponibilidades). Así, se proyecta sobre un plazo más extenso que la inmediatez del índice de Tesorería, pero dentro de un marco acotado. En este índice se suelen admitir resultados inferiores a 1,

sin que se pueda afirmar efectivamente una situación de Cesación de Pagos, en tanto resulte una situación breve y pasajera. Esta puede ser generalmente fácil de superar, pero su permanencia prolongada representará un verdadero estado de Insolvencia, en razón de la imposibilidad de atender en término las obligaciones exigibles a corto plazo, por medios normales o regulares.

De todas formas, los más elocuentes índices en materia de determinación del estado de Solvencia o Insolvencia vendrán dados por la Liquidez del patrimonio bajo análisis. Está referido al grado de posible realización de las distintas partidas que forman el activo circulante y su relación con las deudas que integran el pasivo exigible. Se expresa:

$$\text{Liquidez} = \frac{\text{Pasivo circulante}}{\text{Activo circulante}}$$

Éste, recibe también el nombre de ratio de **solvencia corriente**. Mediante el mismo se exterioriza la posibilidad de atención de deudas sin alterar la estructura financiera ni el proceso productivo. Una insuficiencia de activo circulante frente a un pasivo exigible a corto plazo puede determinar la necesidad de recurrir a la financiación a corto o mediano plazo.

La valoración de este ratio presenta una serie de dificultades previas. Se requiere precisar el plazo de realización de las existencias y de los créditos, e incluso la solvencia de éstos, para la obtención de un resultado

correcto y ajustado a la real situación. Esta confrontación de activo y pasivo circulante, si arroja un resultado inferior a la unidad, por lo general representará un Estado de Cesación de Pagos (en su concepción amplia), dado que traduciría la imposibilidad de atender las deudas exigibles mediante recursos regulares, atento la insuficiencia de éstos, sin perjuicio otros activos, no corrientes, cuya realización no podría efectuarse en un plazo razonable u oportuno.

No puede omitirse considerar que el arribo a conclusiones certeras en la materia mediante el análisis de estados financieros y contables, presentará serias dificultades derivadas del carácter más o menos estático e histórico de los datos empleados, no obstante la prognosis que de los mismos pueda extraerse, toda vez que situaciones de falta de solvencia corriente podrían encontrar solución, cuando menos temporaria, recurriendo al crédito (de contar la empresa con el mismo), sin que dicha mecánica implique el empleo de medios irregulares para solventar sus obligaciones.

En el marco de esta somera enumeración de algunas de las herramientas brindadas por la contabilidad que lejos se encuentra de agotar las mismas, como complemento del índice anterior, se suele calcular el de garantía o solvencia total, que está dada por la siguiente relación:

$$\text{Solvencia total} = \frac{\text{Deudas totales}}{\text{Activo neto real total}}$$

Entendiendo por “activo neto real total” el que se obtiene al detraer de su importe íntegro las amortizaciones acumuladas, las provisiones y los gastos amortizables. El resultado de dicho cálculo, para los sostenedores de la Insolvencia como Desequilibrio Aritmético, ha de ser mayor de 1, pues de ser inferior, indicaría que la empresa se encuentra en dicho estado.

En consecuencia, cuanto más alto sea este ratio, mayor será la garantía que la empresa ofrece a sus acreedores. Es menos significativo que el de solvencia corriente y tiene el inconveniente de hacer intervenir los activos fijos con sus correspondientes problemas de valoración y amortización, pero resulta igualmente una guía útil y complementaria de las restantes herramientas consignadas, en el afán de determinar la situación real de un patrimonio.

Las consignadas son tan sólo algunas de las múltiples herramientas de análisis brindadas por la ciencia contable, que por su número y complejidad es de imposible tratamiento en forma más detenida en esta oportunidad, sin incurrir en un inadecuado desvío del objeto de estudio del presente trabajo.

Entendemos que lo expuesto permite apreciar los diversos indicadores con que se puede contar en pos de determinar el actual estado de un patrimonio, a fin de detectar una situación de impotencia patrimonial, que permita afirmar la existencia de un estado de insolvencia.

Al mismo tiempo, siendo éstos los elementos básicos que ofrece el análisis contable de la situación patrimonial (han quedado relegadas de nuestro análisis otras consideraciones, formulas e índices de mayor complejidad e innegable utilidad), nos reafirma en la convicción de la necesidad de tratamiento interdisciplinario de la temática analizada.

Corresponde a la contabilidad brindar la información correspondiente al estado que presenta el patrimonio presuntamente insolvente, y a las ciencias jurídicas, determinar la significación jurídica de ese estado, a los efectos de la correspondencia o no del acogimiento a los procesos del derecho concursal.

Concluimos en este acápite resaltando que el análisis contable y financiero se presenta hoy como una de las más importantes herramientas tendientes a **lograr la más tempestiva detección de las situaciones de Cesación de Pagos o Insolvencia, así como la anticipación de dichas circunstancias**. Esto facilitará la adopción temprana de conductas tendientes a la corrección de esas situaciones, o bien permitirá determinar los casos en que resultarán viables las soluciones establecidas por la normativa legal vigente en el ordenamiento. Se destaca así, el papel que desempeña la ciencia contable, en el desarrollo y aplicación de verdaderas soluciones preventivas del estado de Cesación de Pagos, tal como se propugna actualmente a nivel global y forma parte de nuestra propuesta en este estudio.

### **30. ANTICIPACIÓN Y PREVENCIÓN**

Los índices y ratios descritos anteriormente presentan como principal función, determinar situaciones actuales de insolvencia. Pero debe destacarse que una vez que se han manifestado las dificultades financieras (es decir, que se hacen evidentes para todos los interesados), puede no existir una salida positiva. La solución a la situación de crisis podrá implicar algún acuerdo de pago que modifique la secuencia de compromisos, o algún otro medio de refinanciación o reestructuración de pasivos. Cuando no existe tal posibilidad, la empresa caerá en falencia y se deberá proceder a la realización y liquidación de los bienes existentes para, con lo obtenido, proceder al abono de las acreencias con ellos garantizadas.

Ello supone graves perjuicios para todos los involucrados, en atención a la habitual insuficiencia de lo obtenido en estos procesos, y ocurre por la insuficiencia del activo con que contara el deudor, respecto de su pasivo total, o bien por las particularidades que revisten las liquidaciones practicadas en dicho contexto, que genera importantes reducciones de las sumas obtenibles de la venta de los bienes pues generalmente no son acordes con el valor real de los bienes realizados. Las causas son numerosas, variables y complejas y no corresponde atenderlas en esta oportunidad. Aun más, quienes hayan tenido oportunidad de intervenir en este tipo de procesos conocen la mayoría de las mismas.

En consecuencia, reviste considerable interés, tanto para el propio deudor como para los sujetos con él relacionados, la obtención de información que permita conocer y anticipar las situaciones de crisis patrimonial, con anterioridad a su producción y al arribo a etapas irrecuperables de la misma, lo que permite la readecuación de conductas, tendiendo a solventar o mitigar dicha situación y así lograr prevenir y evitar las graves consecuencias que de lo contrario se seguirían para todos los involucrados.

En todo caso el propio sujeto deudor, generalmente empresario, será quien mayor interés detendrá en el conocimiento de la real situación de sus negocios y de las perspectivas de desenvolvimiento de los mismos, con la mayor antelación posible. A la vez será quien estará en mejores condiciones a dichos fines, en razón de la información con que cuenta, requisito *sine qua non* para cualquier tipo de análisis contable correspondiente.

La complejidad del fenómeno, su causación plural, con orígenes divergentes según el tipo o naturaleza del emprendimiento considerado, así como la falta de conocimiento sobre las relaciones de las mismas respecto de la posterior insolvencia de la empresa, ha impedido hasta la actualidad el establecimiento de una teoría general del fracaso empresarial, que permita la determinación e ideación de alertas certeras y generales para evitar los desenlaces patrimoniales negativos.

Aún así, el desarrollo de mecanismos de alerta anticipada de la crisis económica, se presenta como una herramienta central y decisiva en to-

da estrategia tendiente a la reducción de las consecuencias negativas propias de los procedimientos vinculados a la insolvencia, a la par de su relevancia para la obtención de soluciones conservativas de los emprendimientos, mediante reestructuraciones patrimoniales tempestivas.

Cabe aclarar que no existe una definición generalmente aceptada y suficientemente clara en torno a qué debe entenderse por “mecanismos de alerta temprana” de estados de insolvencia (o de crisis económicas o financieras), en atención a la diversidad de medios utilizables y su diferente naturaleza.

Ello es una constante de las últimas décadas, en especial entre los estudios empíricos sobre la materia, los cuales partiendo de los datos previos al desenlace concursal obtenidos de estados contables, han propuesto diversos modelos predictivos, pudiendo señalarse como uno de los modelos clásicos de mayor aceptación el desarrollado por BEAVER en el año 1966<sup>91</sup>.

Los modelos de predicción de la insolvencia empresarial tienen su origen en la necesidad de contar con instrumentos analíticos que puedan sustituir o cooperar en la tarea del analista de diagnosticar este tipo de problemas en las empresas. En general, el diagnóstico económico-financiero de empresas es efectuado por los analistas utilizando el deno-

---

<sup>91</sup> BEAVER, W. H. “*Financial Ratios as Predictors of Failure*”, en “*Empirical Research in Accounting Selected Studies*”, en el suplemento Journal of Accounting Research, v. 4, January, 1966, p. 71-111.



minado “modelo de los ratios”, que se basa en la estimación de una serie de indicadores relevantes, originados en los estados financieros de la empresa y que posteriormente son sometidos a una etapa de análisis y comparación, con la cual el analista debe efectuar una serie de reflexiones y consideraciones acerca del “estado de salud” patrimonial de una empresa.

Esos modelos, han sido elaborados sobre la base de diversas relaciones y proporciones financieras y contables, cuya adecuada delimitación y selección representan el primer paso de una ardua labor. En este punto, diversos trabajos desarrollados sobre el tópico han coincidido en la relevancia que presentan algunos de dichos ratios en particular, como ser los indicadores de rentabilidad del activo, margen de beneficio del resultado ordinario y cobertura de gastos financieros. Asimismo, presentan significación aquellos referidos al endeudamiento incurrido.

Por otra parte, suele asignarse menor relevancia a los fines preventivos a los de liquidez, que habrán de revestir interés en la detección situaciones acaecidas de Cesación de pagos, más no para su anticipación o previsión.

La precisión o eficacia, no dependerá por lo general de la cantidad de indicadores empleados, sino antes bien, de la correcta identificación y maximización de aquellos que se presenten como más idóneos y con mayor grado de acierto. Ello sin perjuicio que, razonablemente, a mayor y mejor

información se incrementarán las posibilidades de detección de factores de riesgo y de eventuales situaciones de iliquidez y/o insolvencia.

Naturalmente y más allá de la exactitud obtenida en este punto, los logros resultan inciertos, dada la naturaleza estadística de los resultados obtenidos. Solo cabe hablar de mayores o menores grados de posibilidad o probabilidad.

Este tipo de modelos se denominan “modelos microeconómicos”<sup>92</sup>, en tanto se fundan en la premoción de estimar que el fracaso empresarial resulta de causación endógena, y por ende tienden a determinar aquellos rasgos más significativos que pueden observarse en las empresas en crisis, en su contraposición con las empresas con éxito.

Dada la cantidad de intentos efectuados, las obras publicadas sobre la materia y la amplitud y especificidad de las cuestiones tratadas, el estudio de dichos modelos en profundidad excede el marco del presente trabajo. Sin embargo debe consignarse que en el estado actual de desarrollo de estos patrones predictivos, se ha logrado un considerable porcentaje de aciertos en la detección de situaciones de riesgo o inminente crisis, sobre la base de variables y cocientes relativos a liquidez, rentabilidad y endeudamiento. Se ha arribado por lo general a la conclusión de que las empresas que fracasan presentan valores bastante menores *en los ratios de liquidez*,

---

<sup>92</sup> ONTIVEROS, E., VALERO, F. “*Crisis Económica y Crisis Empresarial*”, en “*Crisis Económica y Derecho Concursal*”, Madrid: Consejo General de Colegios de Economistas de España, 1987, p. 13-32.

*rentabilidad y rotación y superiores en los de endeudamiento.* Se agrega que los que reflejan con mayor capacidad de acierto los síntomas claves del progresivo fracaso de una empresa, son los de rentabilidad y de endeudamiento.

### **31. LOS DESARROLLOS DE ORGANISMOS INTERNACIONALES EN TORNO A LA ANTICIPACION DE LA CESACION DE PAGOS**

En la misma corriente expuesta, pero con un respaldo institucional considerable en atención al órgano del cual provienen, la Comisión Europea ha desarrollado una serie de indicadores y alertas, así como “*golden rules*” (“reglas de oro”), dirigidas a empresarios, para su empleo como criterios orientados a la detección temprana de situaciones de insolvencia y de adopción de decisiones o modificación de conductas

Al respecto, la Comisión ha fijado diversos indicadores de alertas tempranas (“*early-warning checklist*”) tanto internos como externos, a partir de los cuales un sujeto puede determinar una situación de crisis económica próxima o inminente. En este punto, cabe señalar que se trata de indicadores genéricos, que han de ser adaptados y ajustados a cada entorno y sujeto en particular para su adecuada utilidad práctica<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup> Disponible en su original en inglés en: [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/entrepreneurs\\_structure/test\\_your\\_business/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/entrepreneurs_structure/test_your_business/index_en.htm)

Asimismo, han sido elaborados siete principios básicos para empresarios en crisis o dificultades, para la orientación de su accionar, así como del asesoramiento recibido, son los siguientes:

- 1.- Aprender de los errores;
- 2.- Actuar en forma temprana;
- 3.- Estar alerta a las oportunidades y no perderlas;
- 4.- La peor decisión es no tomar una decisión;
- 5.- Seguir dialogando;
- 6.- Corroborar qué reglas se aplican al caso propio;
- 7.- Obtener asesoramiento o ayuda profesional.<sup>94</sup>

Las aquí desarrolladas y consignadas, son meras recomendaciones de carácter genérico, no traducidas en aplicaciones específicas y prácticas. Por ende tienen reducida incidencia, en tanto habrán de depender de la adopción de tales recomendaciones por parte de los propios actores económicos y su desarrollo y concreción práctica bajo la forma de medidas efectivas de detección.

Los intentos de fijación de criterios con proyección transnacional se encuentran fuertemente limitados dado lo delicado de la cuestión de que

---

<sup>94</sup> Disponible en su original en inglés en: [http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/entrepreneurs\\_structure/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/business-environment/failure-new-beginning/entrepreneurs_structure/index_en.htm)

se trata y de la notoria diversidad normativa presentada por los ordenamientos jurídicos, aun entre naciones pertenecientes a una misma Región.

Sin perjuicio de ello, existen numerosas iniciativas tendientes a la armonización, cuando no unificación de criterio y regulaciones, tanto a fin de lograr los objetivos de la tempestiva detección y tratamiento, como así también del mejor desarrollo de los procesos una vez desatada la crisis.

### **32. LA IMPORTANCIA DEL FLUJO DE FONDOS**

Antes de concluir la presente parte, corresponde ingresar al análisis somero de una variable en particular, que generalmente recibe el nombre por el que resulta conocida en los países de habla anglosajona, denominada “cash flow” de la empresa o patrimonio.

Se lo ha traducido a nuestra lengua como flujo de caja o de fondos, según los diversos autores que tratan la temática.

Se intenta mediante tal variable, identificar los fondos o recursos líquidos generados por un emprendimiento, durante un período temporal determinado; pudiéndose distinguir el constituido por la suma de beneficios netos con más las amortizaciones correspondientes a dicho período

(recibe el nombre de “cash flow económico”), de la diferencia entre ingresos y pagos propios de la explotación (“cash flow financiero”)<sup>95</sup>.

FAVIER DUBOIS (padre e hijo) sostienen actualmente la necesidad de efectuar una diferenciación entre el “cash flow disponible”, consistente en el efectivo remanente, luego de cubiertos los requerimientos imprescindibles para la supervivencia de la empresa como tal, en forma productiva, al que se denomina “cash flow indisponible”. A éste se lo caracteriza como *“el flujo de caja afectado al pago de las obligaciones y compromisos necesarios para iniciar y/o continuar el ciclo del negocio de la empresa”*<sup>96</sup>.

Esta variable contable, además de la importancia que detenta en diversos ámbitos de la contabilidad, la administración de empresas y la adopción de decisiones de naturaleza comercial y financiera, presenta actualmente una relevancia central en materia de determinación de estados de insolvencia, así como para la predicción de acaecimientos de dificultades y crisis económicas de empresas.

La fuerte relación existente entre el cash-flow, flujo de caja, o flujo de fondos, respecto del advenimiento de estados de crisis y eventual Cesación de Pagos, ha sido destacada tanto en trabajos de orden teórico y científico, como desde trabajos de campo y análisis empíricos. Al respecto,

---

<sup>95</sup> OLIVIERI, Carlos Alberto *“Cuanto Vale una Empresa”*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, p.30

<sup>96</sup> FAVIER DUBOIS, E. M. (pater) y FAVIER DUBOIS, E. M. (hijo), *“La Tutela Legal De Los Fondos “Necesarios” Para El Ciclo Operativo De La Empresa (“Cash Flow Indisponible”)*”, en Errepar DSE. nro.280, tomo XXII, marzo 2011.

cabe recordar el estudio desarrollado por BEAVER en el año 1966 en los Estados Unidos, que tuviera como objetivo específico la predicción de la insolvencia empresarial mediante el empleo de variables y ratios contables, en cuyo marco el autor arribara a la conclusión que la relación existente entre *Cash flow* y *Deuda total*, resulta ser el de mayor valor predictivo. Conclusión a la que arribara mediante la comparación de las diversas medias para obtener un perfil de las empresas cesantes y no cesantes durante el período previo a la insolvencia y el cotejo de las diversas relaciones entre ambas categorías de emprendimientos, con una finalidad predictiva.

Es así que dentro de ese concepto de cash-flow, resultará de particular interés el análisis de la evolución del “cash flow indisponible” (CFI). El CFI es aquella porción del activo corriente que permita alcanzar, simultáneamente, tanto el “punto de equilibrio” económico como el “punto de cierre” financiero y cuidando el capital a mantener. Por tanto, su disminución resultará una de las más importantes señales de alerta sobre eventuales situaciones de desequilibrio desencadenantes de la Cesación de Pagos.

La Insolvencia estaría así caracterizada, por la pérdida de aquellos fondos necesarios e indispensables para el desarrollo de la actividad o bien para la atención de las obligaciones asumidas.

En esta aproximación al tema, puede observarse la utilidad que presenta el mismo a los efectos de su utilización en la detección y anticipación de situaciones de riesgo para el desarrollo y evolución de la situación pa-

trimonial de un sujeto empresario. Ello, particularmente en su unión con los restantes conceptos, ratios y fórmulas brindadas por la contabilidad y el análisis financiero, y en especial en la actualidad, frente a las nuevas formas de estructuración de la empresa, donde los activos tradicionales (como inmuebles, créditos, bienes de uso, entre otros) se ven día a día más relegados. Cada día es más abundante la presencia de emprendimientos cuya actividad se sostiene sobre la base de las expectativas de obtención de beneficios futuros, con predominante financiación exógena y con niveles de endeudamiento considerables sin respaldo físico.

### **33. CONCLUSION EN TORNO A LOS ELEMENTOS CONTABLES**

Conforme surge de lo expuesto en este capítulo y según se adelantara en distintas oportunidades, existen numerosas conexiones entre las concepciones desarrolladas en torno a la Cesación de Pagos y la Insolvencia en la órbita jurídica como en la económica y contable, producto del origen común de dichas concepciones. Se trata de un único y mismo fenómeno, si bien analizado mediante principios, técnicas o metodologías propias de cada materia.

Los diferentes objetivos tenidos en miras en el tratamiento brindado por las distintas ciencias afectan las conclusiones y concepciones desarrolladas, otorgando características diferenciales al abordaje y sus resultados.



De allí devienen importantes consecuencias prácticas sobre la realidad del patrimonio en crisis, en atención a la influencia que las mismas ejercen sobre las actitudes y conductas de los diversos sujetos involucrados (sea en forma directa o indirecta).

En virtud de dichas consecuencias aparejadas por el tratamiento contable respecto de la situación patrimonial, es dable remarcar que la ciencia jurídica no debe prescindir de la información, conclusiones y prognosis originadas en las ciencias económicas, sin correr el riesgo de arribar a soluciones desconectadas con la realidad a la que están llamadas a regular.

Concluimos en este apartado resaltando que el análisis contable y financiero se presenta hoy como una de las más importantes herramientas tendientes a lograr la más temprana detección de situaciones de Cesación de Pagos o Insolvencia, así como la anticipación de dichas circunstancias.

Esto facilitará la adopción temprana de conductas tendientes a la corrección de esas situaciones, o bien permitirá determinar los casos en que resultarán viables las soluciones establecidas por la normativa legal vigente en el ordenamiento. Se destaca así el papel que desempeña la ciencia contable, en el desarrollo y aplicación de verdaderas soluciones preventivas del estado de Cesación de Pagos, tal como se propugna actualmente a nivel global y forma parte de nuestra propuesta en este estudio.

## ***II.-ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE NUESTRA TESIS.***

### **1.- EL PRESUPUESTO OBJETIVO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA. REFORMAS LEGALES EN EL EXTRANJERO.**

Las consideraciones efectuadas, entre otras de índole práctica y referida a las particularidades de los diversos ordenamientos, han llevado al paulatino reconocimiento de nuevos presupuestos objetivos, en algunas legislaciones.

También se ha producido una ampliación de las soluciones preventivas frente a las situaciones de debilidad económica o financiera patrimoniales. Esto se ha plasmado en los textos de reforma sancionados en los últimos tiempos.

Representan en todos los casos, un considerable avance en el logro de un real anticipo a la efectivización de la insolvencia, y que configuran experiencias ha ser utilizadas asimismo para determinar la utilidad de tales innovaciones, a fin de su empleo como modelos para la adaptación a nuestro medio, con miras a futuras reformas.

Con motivo en la expansión inusitada de la globalización, y las conexiones e interrelaciones socio-económicas a nivel mundial, nunca más que hoy resulta necesaria la integración de todo tratamiento de los institutos jurídicos, mediante el estudio de su incorporación y adaptación con los

diversos ordenamientos jurídicos existentes, tanto de la propia región, como de las principales naciones del mundo.

En materia jurídica, esto acontece especialmente en el ámbito del derecho comercial, dada su creciente tendencia a la internacionalización y uniformidad de las legislaciones, producto de ese fenómeno multiforme, complejo y universalista, al que hemos hecho oportuna referencia y que se ha dado en llamar “la Globalización”, que podemos afirmar que hoy todo lo abarca y altera.

En materia concursal, esta necesidad viene unida a las circunstancias singulares que presenta esta rama en la actualidad, en virtud de lo que Ariel DASSO<sup>97</sup> ha dado en llamar el “tsunami concursal”. Consistiría en la “oleada” de reformas y contrarreformas que se han sucedido en un muy corto lapso, en las postrimeras del siglo XX y en estos primeros años del nuevo milenio. Puede observarse en la actualidad que gran parte de los ordenamientos vigentes en los países centrales de Europa, así como de Latinoamérica, presentan una antigüedad inferior a la década.

En el marco de los cambios traídos por las nuevas legislaciones, se han modificado los basamentos mismos del derecho concursal, plasmándose viejos planteos, incorporándose nuevos institutos y expresiones de la

---

<sup>97</sup> DASSO, Ariel A., “Tendencias del derecho concursal. En ocasión del nuevo modelo francés”, Publicado en LA LEY2009-D, p. 1265.

realidad contemporánea, dando lugar así a un verdaderamente nuevo derecho concursal.

Todavía no es posible definirlo acabadamente, pero en él se ven modificados aún los presupuestos básicos de los procesos concursales.

Es necesario abordar el tratamiento que se ha brindado, en el marco de los ordenamientos extranjeros de mayor relevancia (sea por su autoridad o por su proximidad), al objeto del presente y examinar las tendencias existentes a nivel global, en materia del Presupuesto Objetivo.

Al respecto, puede observarse una focalización notoria de los esfuerzos tendientes a resguardar la Empresa, en tanto instrumento esencial del sistema económico contemporáneo. Algunos autores sostienen en forma aún más específica, que el objeto central de la tutela en la actualidad, es la actividad económica en sí misma,

Las reformas introducidas en los diversos ordenamientos, en relación al presupuesto objetivo, han exteriorizado una generalizada tendencia a la anticipación de esa tutela, mediante la ampliación o reemplazo del concepto de la Cesación de Pagos.

Han tomado preeminencia las nociones de Crisis, Dificultades, Alarmas, o similares, con basamento en la idea de que una solución satisfactoria a dichas situaciones dependerá, en primer término, de un diagnóstico y tratamiento tempestivo. Sin ello, todo esfuerzo se verá indefectiblemente destinado al fracaso, cuestión que resulta manifiesta en la ac-

tualidad, ante la insuficiencia demostrada por la tradicional Cesación de Pagos, para brindar soluciones verdaderamente preventivas y en su caso, anticipatorias del desenlace liquidativo fatal.

Debe destacarse que la prioridad brindada por algunos autores a las soluciones previas a la Insolvencia y al tratamiento temprano de las dificultades, ha llevado a reconocidos doctrinarios a plantear una revisión integral de la rama del derecho concursal y su reemplazo por un Derecho de la Crisis Empresarial<sup>98</sup>. Esta cuestión que excede el marco de este trabajo, corresponde destacarla, como muestra del estado actual de las tendencias en materia concursal.

El movimiento reformador encarado en esta materia por la generalidad de las naciones de Europa y Latinoamérica, estuvo enmarcado y motivado por un contexto macroeconómico positivo y alentador, en clara expansión, y la procura de la finalidad esencial del mantenimiento de la actividad y el empleo aun en la crisis.

Pese a ello, el panorama alentador fue rápidamente desgarrado en virtud de las profundas y sucesivas crisis generalizadas que se desataran a partir de los inicios del Siglo XXI. Estas sembraron fuertes dudas en torno a la adecuación de los nuevos ordenamientos recientemente sancionados,

---

<sup>98</sup> BAVETTA, Giuseppe, “Il diritto dell’ impresa in crisi”, en Dir. Fall. Tomo I, 1988, p. 531.

para atender las necesidades nacidas de un contexto global, claramente opuesto a aquel que motivara su sanción.

Así deviene oportuno analizar cómo se han plasmado dichas cambiantes circunstancias en las distintas modificaciones sufridas por las legislaciones concursales de los distintos ordenamientos jurídicos.

### 1.1. ESPAÑA

En orden a las reformas aludidas puede citarse la ley concursal española. El régimen concursal español no ha podido escapar a la tendencia generalizada de actualizar los ordenamientos de la materia, en el marco de las cambiantes situaciones económico-financieras imperantes.

En ese país, la modificación de la normativa concursal resultaba asimismo una necesidad producto del anacronismo que presentaba la regulación entonces vigente, que se mantuvo inalterada por un prolongado lapso, no obstante los cambios producidos tanto en la realidad económica del país, como así también respecto de otras normas íntimamente vinculadas con la materia.

En razón de ello y tras la elaboración de diversos proyectos que no resultaran legislativamente receptados (como el notable elaborado por el Dr. Ángel Rojo, que fue ulteriormente la base para la sanción de legislacio-

nes de otros países), fue sancionada la Ley N° 22/2003<sup>99</sup>, que entró en vigor el día 1 de septiembre de 2005, conteniendo un nuevo ordenamiento concursal.

A poco de iniciarse su aplicación, las condiciones generales de la economía tanto nacional como internacional, sufrieron considerables cambios, producto principalmente de la crisis iniciada en el año 2008. Esto motivó la necesidad de una adecuación del nuevo régimen a ese contexto, en atención a su insuficiencia para la atención de las variaciones aludidas.

En consecuencia, en marzo de 2009 se sancionó el real decreto N° 3/2009, que entre sus innovaciones, introdujo el instituto del Acuerdo de Refinanciación, como mecanismo tendiente a solventar la ausencia de soluciones pre-concursales que presentaba la anterior ley en su redacción original.

La legislación del año 2003, en materia de Presupuesto Objetivo, partió del mantenimiento de las bases de la legislación reemplazada, sosteniendo la procedencia del concursamiento en caso de insolvencia del deudor común y definiendo expresamente que se encuentra en tal estado, el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles.

---

<sup>99</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta:  
[http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13813](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-13813)

Pero juntamente con dicho presupuesto tradicional, consistente en la insolvencia actual, se incorporó, a los efectos de la utilización de las vías voluntarias (a pedido del propio deudor), el presupuesto de la insolvencia inminente. En el art. 2º, inc. 3, establece que es la situación en que se encuentra “*el deudor que prevea que no podrá cumplir en forma puntual y regularmente sus obligaciones*”, debiendo el mismo justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia inminente.

La norma textualmente dispone: “Inc. 3º. Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente. Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”.

En cambio, frente a los supuestos de petición proveniente de un acreedor, se limita el presupuesto exclusivamente a la insolvencia actual, fijándose un menú taxativo de hechos reveladores (art. 2º inc. 4º), que permiten por sí mismos tener por acreditada dicha situación patrimonial y proceder a la apertura del proceso en cuestión.

Se trata de un sistema similar al de los Actos de Quiebra (con supuestos semejantes a los contenidos en el derecho anglosajón) y que consisten en:



- Detentar el acreedor, título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago;

- El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor;

- Embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor;

- El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor;

- El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

El deudor puede contrarrestar dicha presentación, desvirtuando el presupuesto objetivo, mediante prueba que resulte conducente y de suficiente entidad al efecto, o bien desinteresando al peticionante.

Por su parte, la regulación incorporada por la reforma del año 2009 en materia de Acuerdos de Refinanciación, no efectúa añadidura o modificación alguna en materia de presupuesto objetivo, quedando abierta la po-

sibilidad de su celebración a todo deudor, sin remisión a las exigencias establecidas en materia de procesos propiamente concursales, lo cual se encuentra fundado principalmente en la falta imposición del convenio aprobado a los sujetos que no lo han consentido. Como puede apreciarse, su naturaleza es eminentemente preconcursal y contractual.

En torno a su recepción entre los doctrinarios españoles, puede señalarse que en fecha 18 de Abril de 2009, en oportunidad de desarrollarse el Primer Congreso Español de Derecho de la Insolvencia, se redactó la Declaración de Gijón. En las conclusiones sobre el sistema legal imperante en la materia, en torno al presupuesto objetivo se sostuvo la necesidad de su reforma a fin de lograr una reducción de costes económicos y temporales. Se reconoció la eficacia confesoria de la presentación voluntaria del deudor, así como la necesidad de facilitar la obtención de las aperturas solicitadas por los acreedores, principalmente en cuestión de exigencias de prueba y acreditación del estado, como así también al procedimiento establecido al efecto.

Se destaca que el texto vigente ha perseguido el equilibrio que debe de existir entre la necesidad de la anticipación de la tutela y la habilitación de las vías concursales. Ello a fin de evitar el agravamiento de las condiciones patrimoniales que impidan lograr una verdadera solución preventiva y eludir el empleo de los mecanismos legales como una forma de burlar y defraudar las legítimas expectativas de los acreedores al cobro de sus derechos y a su facultad de agresión sobre los bienes integrantes del patri-

monio del deudor. Cuestión de delicado tratamiento y difícil concreción en la práctica.

Se resalta principalmente la posibilidad de anticipación brindada al deudor frente a situaciones que, conforme a la información y elementos disponibles para el mismo, permitan prever con cierto grado de probabilidad de una situación, que en forma inminente degenerará en una imposibilidad efectiva para atender las obligaciones a su vencimiento. Así se permite el saneamiento del patrimonio afectado, antes del desencadenamiento de la crisis terminal, que por lo general resulta impeditiva de una solución reorganizativa.

## 1.2. COLOMBIA

En éste país rige desde diciembre de 2006, la ley 1116 exclusiva para empresas y personas jurídicas, destinada a la reorganización patrimonial. Cuenta en su texto con varias normas que se refieren a la presentación concursal ante la inminencia de la insolvencia (tomemos esta expresión, como sinónimo de cesación de pagos), sin contar con una norma similar para las personas físicas, excluidas de aquella norma en forma expresa.

Nace así un intento legislativo para darle un tratamiento específico, que culmina en el año 2012

El 1 de octubre de 2012 fue sancionada Ley de Insolvencia Económica, que tenía como objetivo ayudar a las personas físicas que no pudieron cumplir con sus obligaciones financieras y corrían el riesgo de ser embargados o desalojados de sus propiedades. Esto, con el fin de suspender los procesos judiciales en su contra y el cobro de intereses.

La iniciativa legislativa se concretó en la ley 1380, pero la Corte de Constitucionalidad la declaró inexecutable (inconstitucional) y no pudo ser reglamentada, por ello nunca se aplicó.

Así, mantiene vigencia a la fecha la mentada ley 1.116 del año 2006, la que en materia de requisitos de inicio del proceso de reorganización, exige "la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente" (art. 9) que identifica como aquellos casos en que el deudor incumpla el pago por más de noventa días de dos o más obligaciones a favor de dos o más acreedores, o tenga por lo menos dos demandas de ejecución presentadas por dos o más acreedores para el pago de obligaciones, cuyo valor acumulado represente no menos del diez por ciento del pasivo total del deudor.

Pero juntamente a dicho recaudo, esta normativa concursal ha incorporado como concepto habilitante del trámite concursal, el de "Incapacidad de pago inminente", que define como la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o en la organización de la actividad del deudor, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumpli-

miento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

Finalmente, cabe señalar que si bien ambos presupuestos pueden ser invocados tanto por el propio deudor como por sus acreedores (aun más, en el caso de Cesación de Pagos puede esgrimirse por una autoridad administrativa), el segundo de ellos (inminencia), se encuentra vedado a las personas físicas, siendo una previsión exclusiva para entes asociativos y personas de existencia ideal.

Si bien ésta norma del derecho comparado sustenta nuestra tesis, debemos diferenciarnos de su postulado en tanto entendemos que –de modificarse la ley argentina- solo podrá ser el propio deudor quien puede alegar la inminencia para fundar su solicitud de apertura del concurso preventivo; caso contrario se habilitaría una intromisión en su esfera de intimidad que afectaría el derecho constitucional y que funda además, que no hay cesación de pagos sin hechos exteriores o sin confesión del deudor.

### 1.3. FRANCIA

Ingresando al núcleo del presente capítulo, consistente en la constatación de la recepción que el presupuesto material habilitante de los procedimientos concursales tiene en los distintos ordenamientos jurídicos de

mayor significación, es de referencia casi obligatoria, la mención y análisis del derecho concursal francés.

Ello en atención a su gravitación histórica en la materia y a su habitual dinamismo en la atención y regulación de nuevas soluciones que requiere al cambiante escenario económico y social.

En honor a lo expuesto y como era esperable, el legislador francés no ha permanecido impasible ante el movimiento reformador de alcances globales al que nos hemos referido con anterioridad y mucho menos frente a la situación económica y a las crisis macroeconómicas generales que han caracterizado el inicio del nuevo siglo.

Es así que, con fecha 26 de Julio de 2005, se dictó un nuevo estatuto concursal bajo la denominación de “***Loi de sauvegarde des entreprises dans difficultés***”<sup>100</sup> ("Ley de protección de las compañías en dificultades"), que entró en vigencia a partir del primer día del año 2006 y que se aplica a todo nuevo proceso iniciado desde esa fecha, sin afectar a los procesos en trámite.

Debe destacarse que mediante una ordenanza dictada el día 18 de diciembre de 2008, el nuevo ordenamiento se ha visto modificado en diversos puntos, en general facilitándose el acceso a las diversas vías previs-

---

<sup>100</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta en idioma original:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000632645&dateTexte=&categorieLien=id><sup>100</sup> DASSO, Ariel A., “***Tendencias del derecho concursal. En ocasión del nuevo modelo francés***”,

tas en esa normativa, mediante la ampliación de los presupuestos objetivos establecidos al efecto.

Al respecto, a diferencia de lo ocurrido en la generalidad de naciones donde se procedió a la reforma parcial de sus respectivos ordenamientos, aquí se ha reemplazado en su totalidad el sistema concursal mediante una ley integral.

Con ello se ha pretendido superar las deficiencias del anterior régimen, que motivaran el reconocido fracaso de las soluciones preventivas, tanto mediante el ajuste de institutos ya existentes como a través de la incorporación de una serie de nuevos procedimientos y normas. Todo ello con el claro y manifiesto objetivo de la salvaguarda de la empresa y el mantenimiento de la actividad y el empleo.

Ingresando en el análisis del tratamiento brindado por este nuevo ordenamiento a la cuestión objeto del presente trabajo, cabe adelantar la complejidad que presenta la normativa citada, por sus novedosas soluciones, en atención a la pluralidad de procesos y procedimientos receptados (cuatro en total), así como por la diversidad de presupuestos objetivos previstos para los mismos.

Existen variaciones considerables según el proceso cuya aplicación se pretenda, pero siempre partiendo de la base de la noción de las “dificultades de las empresas”, variando la intensidad que las mismas han de revestir según el proceso que se pretenda transitar, manteniéndose el presu-

puesto de la Cesación de Pagos, a los efectos de dos de los procedimientos legalmente previstos.

El legislador francés denota su constante preocupación por lograr el tempestivo acogimiento a las soluciones brindadas por la reforma, en pos de una solución efectivamente preventiva. No sólo de la liquidación del emprendimiento, sino también de la Cesación de Pagos o la Insolvencia misma.

Como primer punto de consideración (siguiendo el orden cronológico secuencial seguido por la crisis empresarial), se ha introducido una serie de pautas tendientes al establecimiento de alarmas y sistemas de detección temprana. Ello, tanto en el ámbito del propio deudor como por parte de otros sujetos interesados y funcionarios, identificándose dichas alarmas -en ocasiones- como una etapa preliminar a la aplicación de las soluciones concursales previstas.

Se permite así advertir a los administradores la existencia de situaciones de dificultades que comprometan la continuidad de la actividad y que por tanto, puedan conllevar la responsabilidad personal de los mismos.

En cuanto a los presupuestos objetivos habilitantes de las soluciones brindadas por esa reforma, corresponde su tratamiento conjuntamente con los distintos procedimientos con los cuales se asocian, dada la fuerte vinculación existente entre los mismos.



El primer procedimiento contenido en el nuevo ordenamiento es la “Conciliación”, de carácter extrajudicial y no enteramente concursal (atento que involucra sólo a los principales acreedores y no a la totalidad de los mismos).

Cabe destacar que el presupuesto habilitante para su procedencia es la Crisis, sin Cesación de Pagos. La ley la define como la existencia de “*dificultad jurídica, económica o financiera, real o previsible*”, tendiendo a la aplicación de este instituto en forma previa al acaecimiento efectivo de la Cesación de Pagos. Pero admite su aplicación, aún a la empresa incurra en la misma, en tanto no hayan transcurrido 45 días desde su configuración.

El segundo procedimiento previsto, es el Salvataje o Salvaguarda.

Es de naturaleza judicial y plenamente concursal y su objetivo es el saneamiento del patrimonio en su totalidad, *en forma previa* al arribo a la Cesación de Pagos.

Como en la Conciliación, el presupuesto objetivo se halla configurado por las “dificultades que no pueda superar” la empresa conforme resulta del art. L.620-1 del *Code de Commerce* francés.

En su redacción original, se exigía al unísono, que las dificultades motivantes del estado patrimonial pudieran llevar al patrimonio al estado de insolvencia, como requisito de acreditación de la gravedad revestida por la situación de dificultad.

Este recaudo fue eliminado mediante la reforma introducida en el año 2008, para una mayor flexibilización del acceso a esta vía y para permitir una más temprana atención de la situación patrimonial precaria de la empresa en dificultades.

El tercer procedimiento del nuevo ordenamiento francés, es el Saneamiento de la empresa, que fue mantenido del anterior régimen, con diversas modificaciones.

Se presenta como una normativa de aplicación obligatoria para deudores y administradores, bajo apercibimiento de responsabilizarlos personalmente por los daños causados por la demora en su acogimiento.

El presupuesto objetivo que impone dicha carga, se encuentra constituido por la Insolvencia, la cual es definida por la propia legislación como “*la situación de un pasivo exigible que excede el activo disponible*”, según el art. L. 626-31.

En atención a la responsabilidad que pudiera devenir del incumplimiento de la presentación a los efectos de instar el procedimiento de Saneamiento frente al estado de Insolvencia, la reforma del estatuto concursal efectuada en el año 2008 ha limitado el presupuesto objetivo en cuestión. Así establece que “*cuando el deudor demuestra que las reservas de crédito o las esperas respecto de partes de sus créditos le permiten hacer frente al pasivo exigible con su activo disponible, no se encuentra en cesación de pagos*”.

El cuarto y último procedimiento previsto es el de Liquidación Judicial, a cuyos efectos se establece como presupuesto objetivo el de la Cesación de Pagos, definido como fuera expuesto, pero unido a la circunstancia de la imposibilidad de lograr el saneamiento de la empresa.

Los tribunales franceses de primera instancia tienen facultades para efectuar un reordenamiento del préstamo (crédito) en el caso de que el consumidor atraviese por una situación financiera crítica. Ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 1244 del Código francés y en los artículos L 312-31, L 312-36 y L 313-12 del Código de Consumo, en materia de crédito de consumo. En este caso el juez puede aplazar o escalonar el pago de sus deudas con el límite de dos años. Durante este período de aplazamiento, no son aplicables incrementos de intereses o las penalidades previstas en el contrato por razón de retardo en los pagos. Se podría interpretar que se trata de una suerte de plazo de gracia, que es de utilidad para el consumidor sobre endeudado, tendiente a superar su estado financiero temporal y regularizar su situación.

Cabe concluir, tras esta breve exposición, que la diversificación de los procedimientos tiende a permitir a las empresas el acogimiento más temprano posible al procedimiento concursal, si bien ello genera no pocas dificultades en oportunidad de la elección del procedimiento más adecuado a fin de solventar las dificultades. Algo similar ocurre en torno a los límites de los diversos presupuestos objetivos contemplados.

#### 1.4. ALEMANIA

Otro ordenamiento de análisis insoslayable en materia de derecho comparado, es el alemán. Ello es así en tanto la legislación concursal alemana, bajo la vigencia de la “*Konkursordnung*” (Ley Concursal) sancionada en el año 1877, fue destacada entre las más avanzadas en la materia y de una técnica notable.

No obstante lo señalado, la falta de adecuación de la misma a la cambiante realidad económica, producto natural del paso del tiempo y el dinamismo de las relaciones humanas, motivó la necesidad de su reforma, la que se llevó adelante a través de un proceso de elaboración y debate con una duración de 10 años.

Además se otorgó un considerable período de adaptación entre su sanción en el año 1994 y su efectiva entrada en vigencia en el año 1999.

El régimen establecido en la nueva “*Insolvenzordnung*”<sup>101</sup>, se presenta en el extremo opuesto al francés, en tanto se establece un único procedimiento concursal.

Si bien el mismo está segmentado en diversas etapas progresivas y con una finalidad preventiva, incluye previsiones específicas a los efectos

---

<sup>101</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta en idioma original (y traducción al Inglés):

<http://www.gesetze-im-internet.de/inso/>

de atender la particular situación de la insolvencia del consumidor o pequeño empresario.

Como decimos, la legislación concursal alemana establece un procedimiento único de insolvencia cuya finalidad es satisfacer a los acreedores de la forma más equitativa posible (primera frase del apartado 1 de la ley concursal alemana -"Insolvenzordnung"-). El procedimiento de insolvencia discurre de conformidad con las normas legislativas que regulan la administración, determinación y distribución de la masa de la quiebra (*Regelinsolvenzverfahren*, o procedimiento de insolvencia ordinario). Sin embargo, las partes pueden convenir en otra alternativa como, por ejemplo, mantener la empresa.

El procedimiento de insolvencia también debe permitir a las personas físicas empezar su actividad económica desde cero, lo cual se consigue renunciando al cobro de las deudas no pagadas tras la conclusión del procedimiento de insolvencia (la denominada condonación de la deuda restante "*Restschuldbefreiung*").

En materia del Presupuesto Objetivo previsto a los efectos de la habilitación de la aplicación del procedimiento previsto, se destacan tres causales habilitantes.

Ellas son: La Insolvencia ("*Zahlungsunfähigkeit*"), también interpretable como "*incapacidad de pago actual*"; La Amenaza de Insolvencia ("*Drohende Zahlungsunfähigkeit*") o "*incapacidad de pago inminente*"; y

el Sobreendeudamiento (“Überschuldung”), aunque sólo aplicable a ciertos sujetos.

Conforme surge del art. 17 de la legislación en análisis, la expresión "cesación de pagos" es adoptada en su significación literal y no como sinónimo de insolvencia o de falta de capacidad de pago. Así se expresa que “El deudor es insolvente cuando no se encuentra en condiciones de cumplir con las obligaciones exigibles. La insolvencia se supone como regla cuando el deudor ha cesado en los pagos”.

Se observa así que partiendo del presupuesto clásico de la Insolvencia, conceptualizada como Impotencia Patrimonial (asimilable a nuestra concepción amplia de Cesación de Pagos), se adicionan aquellos supuestos inmediatamente próximos a la misma, anticipando la tutela brindada por el ordenamiento concursal, supuesto ya reconocido por otras legislaciones de la época. Es por ello que permite la apertura del proceso concursal *“cuando es previsible que no se encontrará en condiciones de cumplir con las obligaciones de pago pendientes, en el momento del vencimiento”*.

El presupuesto más novedoso y amplio previsto por esta legislación es el denominado "Sobreendeudamiento", de carácter previo a la insolvencia, aplicable sólo a las personas jurídicas y a las entidades sin personalidad jurídica sin socio persona física personalmente responsable. Es definido como existente *"cuando el patrimonio no cubre las obligaciones contraídas"*.

Mediante dicho presupuesto se procuró lograr la apertura tempestiva y oportuna del proceso concursal, evitándose la exigencia de una situación de insolvencia efectiva y generalmente insuperable, cuyos efectos perniciosos eliminarán las posibilidades de recuperar el emprendimiento.

Nuevamente, cabe destacar que dicha inclusión se encontraba enmarcada en una situación económica alentadora, de crecimiento y desarrollo generalizado con perspectivas positivas.

En razón de lo explicitado, no puede resultar extraña la reacción desatada por los cambios pendulares producidos en el contexto macroeconómico, producto de las crisis de alcance global acaecidas al iniciar el presente Siglo.

Esto llevó al legislador alemán, al dictado, el 20 de octubre de 2008, de la denominada "Ley para la estabilización del mercado financiero" ("Finanzmarktstabilisierungsgesetz"). Esta ley pretendió armonizar la legislación germana a las nuevas condiciones económicas generadas por la crisis mundial, incursionando incluso en una modificación considerable en materia concursal, limitándose significativamente el nuevo presupuesto objetivo consistente en el sobreendeudamiento, al exceptuar del mismo, a *"aquellos casos en los que la continuidad de la empresa es, bajo todas las circunstancias, bastante probable (o verosímil)"*.

Como surge de lo expuesto, esta normativa en su redacción originaria había permitido la anticipación de la protección de la empresa en acti-

vidad, a fin de conservar la misma y las fuentes de empleo, extendiendo los supuestos de apertura de los procesos concursales, en forma considerable. Mas, nuevamente las circunstancias económicas generales han impactado fuertemente sobre la legislación concursal, imponiendo el establecimiento de una importante limitación a la apertura frente al sobreendeudamiento, a fin de resguardar la responsabilidad de administradores y gerentes. Ello en razón de los deberes impuestos a éstos frente a tales situaciones, que en un contexto económico negativo supondrían severas restricciones al desarrollo correcto de sus funciones.

### 1.5. ITALIA

En el marco generalizado de reformas de los sistemas concursales de los países europeos, en Italia se procedió a remozar las instituciones y regulaciones contenidas en la *legge fallimentare* cuya vigencia se remontara al año 1942.

Ello ocurrió mediante el dictado del dec. Legs. N° 35 de 2005<sup>102</sup>, ratificado por Ley N° 80 de igual año<sup>103</sup>, el dec. Legs. N° 5 del año 2006. Fi-

---

<sup>102</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta en idioma original:

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-03-16&atto.codiceRedazionale=005G0059>

<sup>103</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta en idioma original:

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2005-05-14&atto.codiceRedazionale=005G0106>



nalmente en virtud del decreto correctivo 169 del año 2007<sup>104</sup>, se intentó adaptar la normativa concursal a los tiempos modernos, como reacción frente a los cambios observados en los distintos ordenamientos europeos de principios de siglo.

Mediante las normas dictadas en el año 2005 se produjo la actualización del concordato preventivo y la revocatoria concursal, así como la incorporación de un nuevo instituto consistente en el Acuerdo de Reestructuración de Deudas, en tanto mediante el citado decreto del año 2006 se procuró principalmente la adecuación del régimen de la Quiebra a los tiempos contemporáneos.

Es así que juntamente con el concordato preventivo y el concordato solutorio (en la quiebra y mediante el cual la misma concluye), surge un nuevo tipo de Acuerdo, de reestructuración de deudas éste, sujeto a homologación judicial.

En cuanto atañe al objeto de este estudio corresponde tratar cada supuesto en particular a efectos de determinar cuál es el presupuesto habilitante requerido por las normas vigentes para su tramitación.

La Quiebra y el concordato solutorio, mantienen como presupuesto objetivo el instituto de la Insolvencia, de condiciones económicas y que se debe manifestar por hechos exteriores *“los cuales demuestran que el deu-*

---

<sup>104</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta en idioma original:

<http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2007-10-16&atto.codiceRedazionale=007G0184>

*dor no está en grado de satisfacer regularmente sus propias obligaciones” (art. 5).*

En cambio, respecto del Concordato Preventivo señalamos que se ha introducido una importante innovación en materia de presupuesto material de procedencia, en tanto juntamente con el tradicional concepto de Insolvencia traído por la legislación de 1942, se ha incorporado el más moderno presupuesto de la “Crisis”. Ésta no se define, pero incluye a la insolvencia, conforme el art.160 segundo que expresa que: *“a los fines del primer párrafo, por estado de crisis se entiende también el estado de insolvencia”*. Idéntico presupuesto objetivo se encuentra previsto en el art. 182 bis, a los efectos de la procedencia de la homologación de los Acuerdos de Reestructuración.

Esta importante ampliación del universo concursal, mediante la flexibilización y expansión del presupuesto objetivo, contaba con un importante antecedente dentro de la legislación italiana. Ello en tanto el presupuesto consistente en la Crisis, se receptaba para la habilitación de los procedimientos de Administración Controlada que se estableciera para aquellos supuestos en que el empresario se encontrara *“en una dificultad temporaria para cumplir sus obligaciones”*.

La modificación consignada, se ha fundado en la reforma de la t ele-sis normativa, en tanto la satisfacción de los intereses de los acreedores ha sido desplazada a un segundo escalón, respecto de la finalidad principal

tenida en miras por el legislador, la cual actualmente está centrada en la preservación y salvaguarda de la empresa, aún con desplazamiento del empresario titular de la misma.

En consecuencia, se ha considerado esencial propiciar la adopción temprana de soluciones conducentes a tales fines, con anterioridad al acaecimiento de la efectiva cesación de pagos, entendiendo como momento apto aquel en que surgen las primeras señales de “dificultades”.

El nuevo concepto incorporado, presenta considerables desafíos para su interpretación adecuada, pudiendo destacarse que una de las primeras conceptualizaciones efectuadas por la jurisprudencia ha sido como: “una situación del estado de la economía debida a factores de breves períodos, esto es la causa contingente de desequilibrio e ineficiencia que precede a la insolvencia, pero que tendencialmente resulta irreversible” (Tribunal de Treviso, decreto del 22 de Julio de 2005).

A su respecto la doctrina ha sostenido que: “La crisis es una manifestación de tipo patológico que puede desarrollarse en distintos estadios. En el inicio de la crisis son situaciones de desequilibrio y de ineficiencia, que pueden ser de origen interno o externo (1º estadio). Si tales condiciones perduran, se tiene como consecuencia la producción de pérdidas de diversa gravedad (2º estadio). Con la repetición o crecimiento intensivo de las pérdidas, la crisis entra en el 3º estadio, característico de la insolvencia, esto es de la incapacidad manifiesta de afrontar los emprendimientos

asumidos; más allá de cuando se abre el estadio final de la cesación de pagos, entendida como incapacidad permanente del activo para afrontar el pasivo”<sup>105</sup>.

Esta amplitud del presupuesto habilitante de los procesos preventivos resulta idónea para el logro de soluciones anticipadas, que permitan evitar no solo la solución liquidativa del patrimonio sino, principalmente, el efectivo acaecimiento del estado de insolvencia y la consiguiente frustración del emprendimiento.

No obstante ello, ante tal laxitud, resultará un problema latente la posibilidad de que se utilice esa figura concursal por parte de deudores abusivos para el logro de reducciones del pasivo, mediante situaciones de crisis simuladas o creadas al solo efecto de la activación de estos mecanismos negociales establecidos.

Quedará al prudente arbitrio de los órganos jurisdiccionales la compleja tarea de brindar adecuada tutela a todos los intervinientes y de evitar que prosperen supuestos fraudulentos o abusivos.

## 1.6. ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Resulta ineludible en todo análisis de derecho concursal comparado, tratar el ordenamiento vigente en los Estados Unidos, bajo el régimen

---

<sup>105</sup> GUATRI, Luigi, “*Crisi e risanamento delle imprese*”, Giuffré, Milano, 1986.

del *Bankruptcy Code*, incorporado como Título XI del US CODE<sup>106</sup>, en atención a la notable influencia que ha ejercido el mismo, en particular en los últimos tiempos de reformas de legislaciones falimentarias a nivel internacional.

En lo que hace al presupuesto material u objetivo, habilitante del empleo de los procedimientos y efectos de índole concursal, debe destacarse que originariamente el sistema norteamericano siguió los pasos del derecho anglosajón proveniente de Inglaterra, receptándose el sistema de los Actos de Quiebra. Es decir mediante la determinación de ciertos hechos y actos de enumeración taxativa, cuya constatación permitía la aplicación de los términos de la normativa de la materia.

Sin embargo, en pos de la obtención de soluciones prácticas (natural en los sistemas normativos integrantes de la tendencia del *Common Law*) frente a los problemas derivados de un sistema cerrado de hechos taxativamente enumerados y la necesaria actualización de sus previsiones, se ha terminado por abandonar dicho régimen optando por una aproximación a los tradicionales sistemas de conceptualización amplia de un presupuesto objetivo genérico.

En principio corresponde señalar que cualquier persona (sea física o jurídica) se encuentra habilitada para iniciar un proceso liquidativo en los

---

<sup>106</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta en idioma original:  
[http://uscode.house.gov/download/releasepoints/us/pl/113/21/xml\\_usc11@113-21.zip](http://uscode.house.gov/download/releasepoints/us/pl/113/21/xml_usc11@113-21.zip)

términos y bajo la tutela de los distintos Capítulos del Título 11 (conocidos como *Chapters Eleven*).

En el caso de que la reorganización sea requerida por el mismo deudor, es decir que sea una "solicitud voluntaria", la sola petición constituye causa suficiente para la apertura del procedimiento, independientemente de la situación económica en que se encuentre la empresa.

Pero, en el caso del proceso liquidativo (*Chapter 7*) no todo sujeto sometido a dicho proceso obtendrá una extinción de sus deudas (o *discharge*), finalidad central del sistema establecido en dicho capítulo. Para la efectivización de aquel efecto esencial del proceso, inicialmente el deudor ha de encontrarse en un *estado de Insolvencia* (conforme Sección 727, inc. 5), el cual queda definido como una incapacidad de poseer ingresos disponibles adecuados para pagar a los acreedores, y que debe ser debidamente acreditado.

De esta forma se pretende garantizar que el beneficio del "discharge", sea efectivizado únicamente respecto de aquellos sujetos que verdaderamente se encuentren en *estado de insolvencia* y por ende amerite la excepcional solución, evitando el empleo abusivo del beneficio por parte de sujetos que no se encuentren en ese estado.

Además de la petición formulada por el propio deudor, se admite la solicitud efectuada por sujetos distintos al mismo, generalmente acreedores, en cuyo caso será necesario que se cumplan las condiciones contem-

pladas en la Sección 303, del Título 11 del Código de los Estados Unidos, a los efectos de la procedencia del proceso involuntario cuyo inicio se pretende.

Allí se establecen los requisitos de las presentaciones en cuestión, fijándose que la orden de *relief* (alivio económico-financiero), deberá dictarse en tres situaciones:

- Inexistencia de controversia a la solicitud coactiva, por parte del deudor (lo que en cierta forma se asemejaría a su confesión respecto de su propia situación patrimonial);

- Que el deudor se encuentre en un estado general de incumplimiento de sus obligaciones en término (“*the debtor is generally not paying such debtor’s debts as such debts become due*”);

- Que haya existido, dentro de los 120 días anteriores a la fecha de presentación de la solicitud de apertura, el nombramiento de un “*Custodian*” (custodio o guardián de las obligaciones que asuma el deudor).

Respecto del requisito del incumplimiento generalizado, el legislador norteamericano ha optado por limitar el inicio del proceso concursal a la falta general de pago, con independencia de la situación económica de fondo subyacente, en pos de un adelantamiento del momento de apertura del procedimiento, para facilitar así la reorganización.

Se han generado debates en torno al grado de incumplimiento necesario a efectos de entender configurado el presupuesto.

Con relación al nombramiento de un “*Custodian*”, el concepto es determinado por la Sección 101 del Título 11, como el nombramiento de un sujeto para que se haga cargo de los bienes del deudor, situación que ha sido interpretada como evidencia o presunción de una situación financiera grave, frente a la cual resulta necesario tutelar los intereses de los acreedores.

Sintetizando, en el sistema norteamericano existen dos condiciones de procedibilidad de procesos involuntarios: el incumplimiento generalizado y el nombramiento de un “custodian”.

Dichos presupuestos resultan situaciones externas, exteriorizadas, que no han sido unidas por el legislador a la situación económica del deudor, optándose por condiciones externas que puedan ser consideradas como indicios de una situación financiera que implique una eventual crisis.

El problema planteado por dicha forma de regularse la habilitación de la vía concursal, se halla en la limitación de la apertura del proceso a dos circunstancias de menor amplitud, sin una fórmula permisiva de extensión a situaciones análogas.

Frente a dichas restricciones, la doctrina norteamericana ha interpretando el concepto "falta de pago" en sentido amplio. Abarca cualquier hecho externo que sea indicativo de una imposibilidad de pago de las deudas a su vencimiento.



Se incluyen así situaciones tales como la ocultación del deudor, pagos preferentes indebidos, cesiones fraudulentas de bienes, obtención de préstamos ruinosos, cierres de locales, entre otros, acercándose notoriamente al concepto de Cesación de Pagos en su concepción amplia y a los hechos reveladores de la misma. Ello expone la aproximación del ordenamiento americano a la tradición europea y latinoamericana en la materia.

### 1.7. CHILE

En este país trasandino, el régimen legal concursal establecido por la Ley N° 18.175<sup>107</sup> se vio fuertemente modificado en el año 2005 mediante la sanción de las leyes N° 20.004 y 20.073, sin que en materia de ingreso a la vía concursal se haya innovado en mayor medida.

En el punto, se mantienen los criterios tradicionalmente aceptados en torno al presupuesto objetivo, lo cual encuentra su fundamento en el mantenimiento de la tésis clásica de estos procedimientos, consistente en *“realizar en un solo procedimiento los bienes de una persona natural o jurídica, a fin de proveer al pago de sus deudas, en los casos y en la forma determinados por la ley”*. (Art. 1, segundo párrafo, Ley N° 18.175).

---

<sup>107</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta:  
<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29597>

En tal sentido, resulta coherente que no se hayan receptado los criterios modernos de Crisis Empresarial o Dificultades Económicas, como hemos visto, generalmente orientados al establecimiento de tratamientos anticipados de las situaciones de deterioro patrimonial y de soluciones preventivas y conservatorias de la actividad del deudor.

Es decir que el presupuesto habilitante del proceso de quiebra es el de la Cesación de Pagos del deudor<sup>108</sup>. Igualmente resulta aplicable a los casos de Convenios Judiciales Preventivos, cuya regulación se remite a los requisitos establecidos a los efectos de la presentación en materia de quiebra.

En los supuestos de solicitud de quiebra proveniente de acreedores del pretense fallido, se establece que bastará al efecto, el acaecimiento de uno de los tres supuestos legalmente previstos en el art. 43° que son:

- Que el deudor cese en el pago de una obligación mercantil con el solicitante, cuyo título sea ejecutivo;

- Que el deudor, contra el que existan tres o más títulos ejecutivos vencidos por obligaciones diversas y estuvieren iniciadas por lo menos dos ejecuciones, no presente en dichos procesos, bienes suficientes para responder a la prestación requerida y costas, dentro de los cuatro días;

---

<sup>108</sup> Así lo establece el art. 41 que “El deudor que ejerza una actividad comercial, industrial, minera o agrícola, deberá solicitar la declaración de su quiebra antes de que transcurran quince días contados desde la fecha en que haya cesado en el pago de una obligación comercial”

- Que el deudor fugue del territorio del país, o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin nombrar personal con facultades suficientes que administre los bienes.

Los casos de solicitud por parte de acreedores se presentan, según lo expuesto, próximos al sistema sajón de los Actos de Quiebra, en tanto no se exige a los mismos la acreditación del estado patrimonial de cesación de pagos, hallándose tasados legalmente los supuestos admisibles.

Como se señalara, ninguna recepción han tenido otros presupuestos distintos a la cesación de pagos, ni supuestos de anticipación de la tutela, ni de extensión de los efectos de acuerdos o convenios extrajudiciales.

El único procedimiento establecido en la legislación chilena que permite alguna forma de tratamiento previo a la cesación de pagos del deudor, es el instituto de la Cesión de Bienes, (con las limitaciones que presenta como herramienta preventiva), encontrándose regulado a partir del art. 241.

Dicha norma requiere una doble condición para su aplicación: que el deudor no se encuentre comprendido en los términos del art. 41 (es decir, incurso en cesación de pagos) y que tampoco se halle en ninguno de los supuestos taxativos contenidos en el art. 43 citado, que resulten habilitantes del pedido de quiebra por el acreedor.

## 1.8. BRASIL

En razón de las relaciones económicas, políticas y sociales que vinculan a nuestra nación con nuestro vecino de mayor relevancia, resulta insoslayable la consideración de su legislación sobre la temática en análisis. En especial por los lazos establecidos como miembros del MERCOSUR y la necesidad actual en los ámbitos internacionales de tender a la uniformidad de las legislaciones a fin de un mejor desarrollo de las actividades económico-financieras, más aún entre ordenamientos pertenecientes a una misma región.

Asimismo, resulta relevante el tratamiento de este ordenamiento, a partir de su nueva Ley 11.101 del año 2005<sup>109</sup>, que vino a reemplazar y actualizar una legislación vigente desde el año 1946 y por ende considerablemente ineficiente frente a las necesidades actuales. Ese cuerpo legal tiene la particularidad que no establece en forma expresa, el Presupuesto Objetivo de apertura de los procesos concursales.

Dicha opción efectuada por el legislador -de evitar definir cuál es el supuesto fáctico habilitante del inicio de un proceso de estas características- encuentra su fundamento en el modelo elaborado por la Comisión de Derecho Mercantil de las Naciones Unidas y seguido también por la *Bankruptcy Act* de los Estados Unidos de América.

---

<sup>109</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta en idioma original:  
<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11101-9-fevereiro-2005-535663-normaactualizada-pl.html>

Pese a esta circunstancia, es posible extraer con cierta claridad (a través del articulado y de las referencias en ellas contenidas), cuál es el presupuesto suficiente para el inicio de los diversos procedimientos admitidos.

El art. 47 expresa que el objetivo del procedimiento de Recuperación Judicial (uno de los procedimientos preventivos previstos en la nueva normativa), tendrá como objetivo el de *“viabilizar la superación de la situación de la crisis económico-financiera del deudor, a fin de permitir el manteamiento de la fuente productiva, del empleo, de los trabajadores y de los intereses de los acreedores, promoviendo así preservación de la empresa, su función social y el estímulo de la actividad económica”*.

Asimismo, en el art. 105, referido a la petición de la propia quiebra, se establece que *“es el deudor en crisis económico-financiera que considere no atender a los requisitos para solicitar su recuperación, quien podrá pedir al juzgado su quiebra”*.

De estas normas, entre otras, resulta que el presupuesto tenido en miras por el legislador ha sido el de la “Crisis Económico-Financiera”, siguiendo así las tendencias actuales en pos de un más temprano tratamiento de la situación del patrimonio desequilibrado o en dificultades.

No obstante, la falta de establecimiento expreso de dicho criterio, así como de una definición legal precisa acerca del concepto de “Crisis Económico-Financiera”, unido a la ambigüedad que presentan dichos

términos y la ausencia de una doctrina al respecto, implicarán en la práctica situaciones conflictivas y derivar en inseguridad jurídica, que atenten contra el normal desarrollo de las relaciones comerciales y empresariales.

En cambio, en la Quiebra, esa situación de duda, resulta atemperada, en razón de las previsiones contenidas en su art. 94.

Esa norma establece una serie de “hechos relevantes”, que resultan actos que exteriorizan el presupuesto material y por ende habilitan el inicio de un proceso falencial/liquidativo, simplificando notoriamente la interpretación de los alcances, y de los supuestos habilitantes del proceso liquidativo.

### 1.9. PERU

Entre las recientes modificaciones en el ámbito latinoamericano podemos ubicar a la legislación peruana.

La sanción de la nueva Ley General del Sistema Concursal, N° 27.809<sup>110</sup>, sancionada en el año 2002 (actualmente modificada por Ley 28.709 y Decreto Legislativo N° 1050 del año 2008), reemplazó un sistema anticuado y desfasado respecto de los tiempos que corren.

---

<sup>110</sup> Texto oficial actualizado disponible en línea para su consulta:

<http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00401.htm/a%C3%B1o133192.htm/mes144170.htm/dia144503.htm/sector144504/sumila144505.htm>

Pese a que la más destacada de sus innovaciones es la relativa a la "administrativización" de los procedimientos concursales, esta legislación ha significado importantes modificaciones en numerosos aspectos del derecho falimentario.

Previo al análisis de los presupuestos materiales, corresponde distinguir los diversos procedimientos previstos en esa legislación. Se ha establecido un sistema de tres carriles básicos: el Procedimiento Concursal Ordinario, el Concurso Preventivo y la Quiebra; detentando primacía sobre el resto el de tipo Preventivo.

Asimismo, se señala que el Procedimiento Ordinario podrá materializarse bajo dos modalidades netamente opuestas, en forma de un Acuerdo de Reestructuración, o bien como un Acuerdo de Disolución y Liquidación.

Es común a todos los procedimientos mencionados, el abandono (al menos parcial) de la Cesación de Pagos o Insolvencia, como presupuesto para la habilitación de las vías concursales y su reemplazo por criterios que tendrán en consideración la situación de deterioro económico del patrimonio.

Asimismo, puede ordenarse el presupuesto objetivo (consistente en dicho deterioro), en forma ascendente y partiendo del Concurso Preventivo -Tit.IV N°-103-. Ello así, por cuanto éste requiere menores requisitos a los efectos de su habilitación, exigiendo un pasivo en mora no superior a los 30 días que no exceda del tercio del total, o que las pérdidas acumula-

das deducidas las reservas no superen el tercio del capital social integrado (art. 24, en función del art. 103-1).

Superado ese umbral legalmente tasado, queda vedado el acceso a dicho procedimiento, pero a su vez se abre para el deudor y sus acreedores la posibilidad de utilización del Procedimiento Concursal Ordinario (Tít. II, Cap. I, art. 23/24).

Al respecto, a los efectos del empleo de la variante reorganizativa, se establece la necesidad de: a) mora superior a 30 días, que afecte el cumplimiento de un tercio del pasivo total del deudor; o bien b) pérdidas netas acumuladas (descontadas reservas), por un importe que exceda del tercio del capital social integrado, (y en tanto no excedan el total del mismo). Superando las pérdidas el monto total del capital social, el legislador ha entendido que resultará impeditivo de la recuperación del patrimonio, vedando por tanto el acceso a las vías preventivas o de reestructuración.

En virtud de lo expuesto, el acceso a la vía liquidativa del Procedimiento Ordinario, en casos de solicitud proveniente del propio sujeto deudor, requiere como presupuesto objetivo pérdidas que excedan el monto total del capital social integrado.

La Quiebra (prevista en el art. 99) resulta declarable en sede judicial en aquellos supuestos de procedimientos de disolución y liquidación en los que luego de realizar uno o más pagos, se extingue el patrimonio del deudor, quedando acreedores impagos (art. 88.7).



Distintos requisitos se plantean para el supuesto de solicitud de apertura del procedimiento ordinario por parte de los acreedores.

En ese caso, el presupuesto objetivo consiste en la acreditación de que el crédito invocado presenta una mora superior a los 30 días, así como que el monto del crédito de cuanto menos uno de los peticionantes, exceda del mínimo legalmente establecido de 50 Unidades Impositivas Tributarias (medida fijada por la autoridad competente) (art. 26.1).

Es destacable en este sistema, dos aspectos particulares de la reglamentación del acceso a las diversas vías concursales.

El primero es el empleo de criterios tasados, objetivos y de relativa sencilla constatación y en forma escalonada. Mediante tal, se tiende a obtener una mayor seguridad jurídica, reduciendo los supuestos conflictivos por ambigüedad de las normas y además, a simplificar las presentaciones de los deudores. Asimismo, permite mayor claridad al momento de determinar el procedimiento a emplearse para solventar la situación patrimonial desfavorable.

El segundo aspecto destacable, que no puede más que llamar la atención, es la considerable amplitud con que ha sido regulado el Concurso Preventivo. Ello en tanto la única exigencia legalmente establecida a los efectos de la habilitación del mismo, ha sido la referida a fijar topes máximos del período de la mora de cierta parte del pasivo, o de las pérdidas

acumuladas ( a los que hicimos referencia puntual anteriormente), sin fijarse conceptos genérico mínimos o indispensables.

El artículo 103 de la Ley General es claro al respecto, al establecer que: “Cualquier deudor podrá solicitar el inicio de un Procedimiento Concursal Preventivo..., siempre que no se encuentre en ninguno de los supuestos establecidos en el primer párrafo del artículo 24”.

Es decir que todo deudor, en tanto no se encuentre incurso en pérdidas acumuladas deducidas las reservas que superen el tercio del capital social integrado y no presente un pasivo en mora superior a 30 días que exceda el tercio del total de sus deudas, podrá requerir su concursamiento preventivo, sin consideración de la situación o estado de su patrimonio general.

#### 1.10. URUGUAY

Finalmente consideraremos el tratamiento que las vías de admisión a los procesos concursales han merecido en el vecino oriental, en atención a los íntimos vínculos que nos unen, en particular con posterioridad a la integración del MERCOSUR.

Al respecto cabe destacar que el actual estatuto concursal vigente ha sido sancionado mediante la Ley N° 18.387<sup>111</sup> de “Declaración Judicial del Concurso y Reorganización Empresarial” de fecha 23 de Octubre de 2008, y está dirigido a aplicarse a toda persona jurídica civil o comercial o persona física que desarrolle actividad empresarial (art. 2°).

No obstante su fecha de sanción, el legislador ha rechazado la inclusión de muchas de los más novedosos desarrollos que se han observado en otros ordenamientos, principalmente los europeos, retornando en diversos aspectos a las fuentes clásicas del derecho falimentario.

En lo que hace a nuestro tema específico, en materia de presupuesto objetivo, se ha centrado el mismo en el “estado de insolvencia” conforme surge expresamente de su articulado. El artículo 1° establece que *“La declaración judicial de concurso procede respecto de cualquier deudor que se encuentre en estado de Insolvencia. Se considera en estado de insolvencia, independientemente de la existencia de pluralidad de acreedores, al deudor que no puede cumplir con sus obligaciones”*.

Conforme lo expuesto, en principio resulta asimilable a lo establecido en nuestra legislación, en tanto el estado de Insolvencia al que refiere la norma uruguaya resulta asimilable a nuestra Cesación de Pagos, en su concepción amplia.

---

<sup>111</sup> Texto oficial disponible en línea para su consulta:  
<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=18387>

Mas las semejanzas se ven diluidas considerablemente en razón del diverso tratamiento dado respecto a la exteriorización de dicho estado. En el vecino país, el sistema de hechos reveladores se ve reemplazado por el de presunciones absolutas y relativas, del estado de insolvencia.

Es así que se establecen diversos casos en que el estado de insolvencia resultará presumido sin admisión de prueba alguna en contrario, por lo que serán habilitantes del inicio de los pertinentes procedimientos concursales regulados.

Por su parte, los casos enumerados como presunciones relativas permitirán la habilitación de la vía concursal, si bien admitiendo la acreditación de la falta del presupuesto objetivo.

En virtud de la forma de regularse esta cuestión (principalmente, en razón de las presunciones absolutas establecidas), el sistema uruguayo presenta una fuerte cercanía con los sistemas mixtos y de los Actos de Quiebra.

Particular atención merece uno de los casos de presunción absoluta, previsto en el art. 5º inc. 1º, que dispone: “*Cuando el deudor solicite su propio concurso*”. En razón de la inclusión de este supuesto entre las presunciones absolutas, en principio y sobre la base de una interpretación literal, ninguna solicitud de apertura de concurso efectuada por el propio deudor podría ser denegada con fundamento en la inexistencia del presupuesto objetivo.

Por tanto, siendo su admisibilidad sin más trámite o de pleno derecho, procedería sin necesidad de acreditar o solventar la afirmación efectuada, respecto de la situación patrimonial de insolvencia, por elemento, acto, hecho o prueba alguna.

Esta circunstancia, otorga una amplitud prácticamente ilimitada del presupuesto objetivo, para el supuesto de presentación voluntaria del deudor.

Supondría que cualquier sujeto deudor, con independencia de su real situación patrimonial, se verá posibilitado de acceder a las vías concursales, con su sola manifestación y mediante el cumplimiento de los requisitos formales establecidos al efecto.

Nuestra posición al respecto es disidente con relación a la mera confesión del deudor.

Como se explicará en la formulación de la tesis, en nuestra opinión, no siempre basta tal reconocimiento o confesión, y dependerá del prudente y razonable arbitrio judicial, exigir la concurrencia de otras pruebas para habilitar la instancia preventiva, según las circunstancias del caso.

Esta forma de consideración del presupuesto objetivo, observado en la práctica tribunalicia en distintas oportunidades en nuestro País, pero sin recepción legal expresa, se presenta propicia tanto para la adopción temprana de soluciones frente a situaciones de crisis o dificultades económicas.

Pero permite también conductas abusivas o fraudulentas por parte de deudores inescrupulosos que pretenden el empleo de esa interpretación jurisprudencial, a los fines de la licuación de sus obligaciones en forma sistemática y sin una situación patrimonial que justifique verdaderamente dicha solución concursal.

Volviendo a la normativa uruguaya, con respecto a los supuestos de los Acuerdos Privados de Reorganización legislados a partir del art. 214, se establece como condición a los efectos de su procedencia, que se suscriba dicho acuerdo con anterioridad a la declaración judicial de concurso del deudor, con el 75% del pasivo quirografario con derecho a voto; convirtiendo a ésta en una muy importante instrumento de prevención de la insolvencia.

Ello es así porque faculta la anticipación de las soluciones consensuales, a la par que se le otorgan efectos universales o “erga omnes”, al convenio homologado, permitiendo una negociación y reestructuración general del patrimonio involucrado.

También se incorpora un supuesto de excepción constituido por el caso de “Abandono de la Empresa” por parte del deudor (art. 238).

Es procedente en aquellos casos en que existan exclusivamente acreencias de naturaleza laboral y el deudor no se hubiera presentado a promover su propio concursamiento. Frente a ésta circunstancia, se reemplaza el presupuesto objetivo por el hecho del abandono, brindando posi-

bilidades de continuación precaria de la empresa a la Cooperativa de trabajo integrada por los acreedores laborales y trabajadores del establecimiento.

Conforme surge de lo expuesto, y se observa en el articulado de la legislación vigente, se ha optado por colocar en manos de los propios interesados las herramientas necesarias a los fines de lograr la debida tutela frente a situaciones patrimoniales precarias.

La adopción tempestiva dependerá generalmente del propio deudor, al cual se pretende estimular a utilizar las vías concursales mediante diversas normas tendientes a facilitar el acceso a la vía judicial.

Se reducen las consecuencias disvaliosas respecto del concursado, no siendo menor la consideración como presunción absoluta de insolvencia a la presentación efectuada por el propio deudor, como lo hemos visto.

Esto permitirá la habilitación sin más trámite de los procesos voluntarios, evitando debates respecto de la situación patrimonial del sujeto que dilaten la actuación del proceso concursal. Sin perjuicio de la prudencia y razonabilidad con que el juzgador deberá merituar la prueba que se acerque, respecto del estado de insolvencia próximo o inminente.

Esto ofrece un considerable margen de maniobra y actuación del sujeto deudor, lo que -como suele acontecer y lo hemos adelantado- podrá dar lugar a situaciones abusivas que corresponderá a los órganos jurisdiccionales eliminar. Evitando se generen indebidos perjuicios derivados de

una aplicación de la ley que resulte asistémica, contrariando principios generales del derecho en general y del concursal en particular.

## **2. PERSPECTIVAS EN NUESTRO DERECHO**

No obstante lo consignado y desarrollado previamente, debo señalar la limitada recepción que en el marco legislativo de nuestro país han merecido las consideraciones, intentos y reformas legislativas en el derecho comparado tendientes a la anticipación de la tutela concursal hacia etapas previas o anteriores a la efectivización de la cesación de pagos.

Ariel DASSO señala que antes de la regulación de los Acuerdo Preventivos Extraconcursales: “Había que llegar, no a la fiebre, sino a la expectoración con sangre, que eso es la insolvencia”<sup>112</sup>.

El panorama fue mejorando mediante la incorporación del instituto del Acuerdo Preventivo Extraconcursal, como pone de relieve el autor citado.

A los fines de ese nuevo instituto se modificó el presupuesto para su funcionamiento. No se lo limitó solo a la Cesación de Pagos, sino que también se lo extendió a las “dificultades económicas o financieras generalizadas”.

---

<sup>112</sup> LA LEY2009-B, 921



Con ello se ha dado alguna vía alternativa a aquellos sujetos deudores que pretendan obtener alguna forma de anticipación de tutela frente a la crisis de su patrimonio.

Sin embargo, ese nuevo ámbito de recepción ha sido cuanto menos limitado, y su aplicación práctica no se extendió en demasía, sin brindar una solución integral a la problemática que aqueja a innumerables sujetos, sean personas físicas o ideales.

Se sigue observando la falta de adecuación de tales procedimientos frente a las necesidades particulares (que no lo son tanto, sino que más bien son propias de la generalidad de los casos).

Es creciente el número de autores<sup>113</sup> de notable reconocimiento y valía, que proclaman y reclaman la modificación del presupuesto habilitante de las vías concursales y la anticipación de la tutela legalmente brindada, a momentos anteriores a la crisis desatada y generalmente irrecuperable. Brindando así verdaderas soluciones con aspiración al logro de la

---

<sup>113</sup> Al respecto, puede destacarse, entre otros, DASSO, Ariel A., "*El Derecho Concursal hoy*", Publicado en LA LEY2009-B, 921; MAFFIA, Osvaldo J., "*Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial*", Publicado en LA LEY1984-C, 775; RIVERA, Julio C., "*El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio*", Disponible en línea en: [http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera\\_El-derecho-concursal-Una-rama-cuya%20legislacion-esta-en-permanente-cambio.pdf](http://www.rivera.com.ar/es/assets/Uploads/Publicaciones/Rivera_El-derecho-concursal-Una-rama-cuya%20legislacion-esta-en-permanente-cambio.pdf); y RICHARD, Efraín H., "*Sistemas De Prevención De La Insolvencia - Responsabilidad De Los Administradores Societarios Frente A La Insolvencia*", Disponible en línea en: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/sistemas-de-prevencion-de-la-insolvencia>.

prevención y no meramente de la liquidación del patrimonio, sino de la insolvencia en sí misma.

No obstante ello, nuestro legislador no se ha hecho eco de los aludidos reclamos.

Aún más, con motivo de la última reforma que mereciera en nuestro país la materia concursal, mediante la sanción de la Ley 26.684, es posible avizorar un agravamiento de la situación.

Es previsible el incremento de las dificultades para la obtención de crédito frente a señales de alarma, y mayores impedimentos en oportunidad de ingresarse a la negociación de propuestas, en el marco del proceso preventivo.

Tampoco ha contribuido una parte de la jurisprudencia imperante en la materia, que por momentos parece reproducirse con preocupante rapidez, observándose una mayor rigurosidad en la apreciación de los elementos justificantes del presupuesto objetivo<sup>114</sup>.

---

<sup>114</sup> A modo de ejemplo (casi paradigmático en la cuestión), puede señalarse la situación producida en torno a los autos: AGROCEFER SA. S/ CONCURSO PREVENTIVO (GRANDE), donde el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 6 de Mercedes (sentencia del 30/03/2010), rechazó un pedido de apertura de concurso preventivo, en tanto estimó que la configuración del estado de cesación de pagos supone una falta absoluta de disponibilidad de crédito y una “*permanente y definitiva imposibilidad de cumplir puntualmente las obligaciones*”, decisorio que fuera confirmado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, en fecha 19/05/2010. Dicha negativa derivó en una nueva presentación de la deudora y un nuevo rechazo del juzgado de primera instancia, pero que a posteriori resultó revocado por la Cámara de Apelaciones (23/02/2011) y finalmente se dispusiera la apertura del concurso al poco tiempo después, pero mediando un significativo agravamiento de la situación patrimonial de la concursada y un considerable dispendio de actividad.

Ello veda en forma terminante el acceso a supuestos de insolvencia inminente. Se exige prácticamente que la situación sea irreversible.

En otros casos se incorporan requerimientos no contemplados en las normas vigentes, incurriendo en esas oportunidades en importantes contradicciones e interpretaciones *contra legem*.

Ellas deben ser condenadas en tanto suponen la afectación de un Derecho Humano esencial en todo sistema democrático, como es el acceso a la justicia.

Debe destacarse que dicha falta de tratamiento de la cuestión atinente a la crisis patrimonial en sus etapas iniciales, no se ve limitada al ámbito del derecho concursal, sino que resulta virtualmente inexistente en todo el ordenamiento jurídico, apreciándose una falta total de previsiones al respecto.

No obstante lo reseñado, existen esperanzas para el avance en un futuro (esperamos próximo) tendiente al reconocimiento de la problemática atinente a la profilaxis de la insolvencia y su eventual recepción juris-

---

Por su parte, puede destacarse que incluso se ha arribado a supuestos de denegación de la declaración de quiebra de una persona "*ponderando que la falta de bienes implicaría encontrarse ante un procedimiento falencial vacío de contenido, más allá de generar un desgaste jurisdiccional innecesario*" (Juzgado Civil y Comercial N° 17 de La Plata, en autos: "GIMENEZ MARIA ANGELICA S/QUIEBRA (PEQUEÑA)", Sent. del 14/03/2011), o bien, con sustento en que "*El 'estado de cesación de pagos' no se configura por los resultados deficitarios de uno o más ejercicios si el deudor no dejó de cumplir con las obligaciones contraídas, excepto que para hacerlo haya recurrido a medios ruinosos o fraudulentos*" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, en autos: "Delhec S.R.L. s/ Concurso preventivo (hoy quiebra)", Sent. del 4/10/1988), reduciendo de esta forma el marco de supuestos configurativos de la cesación de pagos a situaciones terminales.

prudencial y legal, en el sentido que venimos propiciando y que da fundamento a nuestra tesis.

Las mismas provienen de la concordancia de opiniones en los ámbitos académicos en torno a la necesidad del estudio y atención particular sobre esta temática<sup>115</sup>.

Es importante el desarrollo que ha merecido en los últimos tiempos, así como la influencia que ha de ejercer naturalmente, la constatación de la recepción de medidas preventivas en ordenamientos extranjeros -en particular de nuestra región<sup>116</sup>- que hemos abordado anteriormente, así como las corrientes que patrocinan y defienden la asimilación e integración de los ordenamientos entre Naciones, a fin de facilitar el tráfico comercial internacional.

También cuestiones económicas impulsan a brindar tales soluciones.

En primer término para lograr una verdadera conservación de las fuentes de empleo mediante el adecuado funcionamiento de las empresas, sin necesidad de recurrir a mecanismos alternativos que privan a los dependientes de las mismas de la tutela del derecho laboral, para cuasi-coactivamente convertirlos en empresario.

---

<sup>115</sup> Al respecto y en honor a la brevedad, remitimos a los autores y trabajos citados en la nota al pie N° 96.

<sup>116</sup> Al respecto, se remite al desarrollo realizado en el capítulo siguiente del presente trabajo, en oportunidad de analizarse la legislación vigente en la materia en Colombia, Perú y Uruguay, entre otros.

Además, por las mayores facilidades brindadas por el ordenamiento jurídico a los efectos de la reestructuración patrimonial frente a situaciones de riesgo que generan un mayor atractivo de las condiciones imperantes que faciliten la instalación de emprendimientos productivos y las consecuentes inversiones que todo Estado requiere para su desarrollo, tanto en el orden interno como externo.

Tampoco es un objetivo menor la necesidad de desarticular maniobras y conductas cuestionables -cuando no fraudulentas-, a las que puede recurrir aquel deudor que ve agravarse su situación patrimonial, con la finalidad de recuperar la solvencia de su empresa que disminuye, sin que el ordenamiento jurídico le brinde solución.

Es más, en el ordenamiento vigente, al deudor se le exige que su situación se agrave hasta ser irreparable, como lo hemos señalado.

En otros casos porque el deudor, previendo lo indefectible del eventual desenlace falencial, recurre a las maniobras antes aludidas para lograr el apartamiento de activos de su patrimonio, en perjuicio de los acreedores. Estos, en la práctica se verán inermes en tanto el deudor formalmente y mediante medios generalmente ruinosos, cumpla sus obligaciones. Esta situación, a veces perdura hasta el conocido “vaciamiento de la empresa”.

En definitiva, la insostenible situación de los actuales procesos concursales liquidativos, con duraciones que promedian los diez años según

nuestra experiencia y sus resultados distan de calificarse de otra forma que como vergonzosos.

Se postergan así los intereses de la generalidad de los acreedores, con perjuicios para la economía en general.

Todo esto obliga al replanteo de la situación y de las soluciones empleadas para el tratamiento de las crisis patrimoniales. En particular se deben revisar los momentos a partir de los cuales el tratamiento normativo se presenta como necesario para la obtención de resultados útiles y valiosos.

Sobre ello versa nuestra tesis, referida específicamente al proceso preventivo de la quiebra.

Estos son los puntos de consideración que llevan a nuestra hipótesis y -como decimos- posterior tesis.

En ello involucro a todos los operadores, tanto jurídicos, económicos, como políticos, en pos de una aspiración de mejoramiento del sistema concursal argentino.

Como dije, partiendo de un necesario replanteo ontológico, conceptual y técnico del presupuesto objetivo y de la Cesación de Pagos y su nueva perspectiva.

### **3. INSUFICIENCIA DE LA ANTICIPACION DE LA TUTELA**

Sin desmedro de reconocer la necesidad actual del replanteo aludido, el mismo no resultará suficiente por sí mismo para el logro de la finalidad propuesta.

Esto implicará una puerta de acceso a la atención de problemas de gran complejidad.

El eventual éxito o fracaso dependerá finalmente, no solo de brindar soluciones en el momento adecuado, sino de que dichas medidas y la tutela que se brinden sean idóneas y ajustadas a las particularidades de la situación patrimonial precaria que el sujeto presente.

Las soluciones inoperantes, o incluso perjudiciales, de nada servirán a los fines de la protección de los patrimonios en riesgo.

A nuestro entender, de todo lo examinado y desarrollado, se confirma nuestra hipótesis que el presupuesto objetivo vigente en nuestra legislación concursal, no se hace cargo de las necesidades imperiosas de reforma, en orden a la procedencia del concurso preventivo judicial. Obviamente teniendo en cuenta los principios en que se basa y las finalidades que se persiguen.

**III. LA TESIS DE LA INMINENCIA COMO AMPLIACIÓN DEL  
PRESUPUESTO OBJETIVO EN EL PROCESO CONCURSAL  
PREVENTIVO. Desarrollo y fundamentos**

**1. TENDENCIAS EN MATERIA CONCURSAL**

La actualidad del derecho concursal, en función de lo precedentemente desarrollado, se la puede ver signada –en la mayoría de los países-, por cuatro notas determinantes:<sup>5</sup>

**a)** Por la **constante modificación de los marcos legales** regulatorios de los procesos concursales, en busca de dar solución a la insatisfacción del crédito.

Se trata de un advenimiento al que no han sido extraños los estados Americanos, ni los Europeos y que se ha visto impulsado por disparadores diversos según las épocas de producción de sus reformas antes reseñadas.

El nuevo siglo, apenas empezado, no permite prever una desaceleración de los cambios, sino que, antes bien, avizora lo contrario.

En tal sentido, ha podido advertirse en capítulos y desarrollos precedentes, las numerosas reformas que se han sucedido en un muy corto lapso, tanto en el viejo continente europeo como en Sudamérica.

Hemos puesto de manifiesto por otra parte, que nuestro país no ha sido extraño a estas tendencias. Han sido especialmente potenciadas por la



crisis sufrida a principios del corriente milenio, que motivaron sucesivas reformas de mayor o menor envergadura, a través del dictado de las Leyes N° 25.563, 25.589, 26.086 y muy recientemente con la entrada en vigencia de la Ley N° 26.684, que hemos abordado oportunamente.

**b)** Otra nota que podemos destacar es el **fortalecimiento de la protección y salvataje de la empresa** como interés predominante en el marco de los procesos concursales. Incluso con preeminencia a tutelar los intereses de los acreedores, incrementado por la concepción actualmente generalizada de las mismas, como centro esencial y básico de la economía.

**c)** Un aspecto adicional y básico de los recientes procesos reside en la idea del fracaso del “Sistema Liquidativo”, con la consiguiente búsqueda de evitar la quiebra, atento sus resultados generalmente perjudiciales para la totalidad de los intervinientes e interesados. Dicha frustración es de relativamente fácil apreciación en la práctica profesional y tribunalicia diaria –como señalamos oportunamente-, donde el resultado de gran parte de las quiebras resulta esencialmente desastroso para la totalidad de las partes involucradas.

Por una parte el deudor –en el sistema aludido- se ve privado de la administración y disposición de la totalidad de sus bienes patrimoniales (con las salvedades correspondientes). Los acreedores –por otra- tampoco verán satisfechos sus legítimos intereses, en virtud de la notoria insuficien-

cia de lo obtenido en las diversas ventas y liquidaciones, muy especialmente en las realizadas mediante subasta públicas. Son por lo general ruinosas, en razón del marco en que las mismas se producen y las falencias de toda índole, de notorio conocimiento, que rodean su operativa práctica.

Desde de este punto de vista, resulta posible agregar **el fracaso de las mal llamadas soluciones preventivas**, como el denominado “concurso preventivo” de nuestro derecho, cuya finalidad –como lo venimos resaltando en los fundamentos de nuestra tesis- no resulta preventiva de la Insolvencia, sino que solo pretende evitar el “remedio” liquidativo. Y aún así con resultados muy acotados

Ha carecido de éxito, siendo gran mayoría los casos de fracaso o incumplimiento del acuerdo y por ende, de causal quiebra indirecta.

Este es, entre otros, el motivo y fundamento de nuestro estudio y consecuente tesis. Buscamos una alternativa legal que permita al deudor presentarse judicialmente *antes* de que se produzca la cesación de pagos, dado que un patrimonio en crisis no puede ni debe aguardar su agravamiento o la efectiva cesación, para recibir la asistencia legal temprana, preventiva y necesaria.

La verdadera ratio legal de larga data, es que el concurso preventivo siempre prevalece sobre la quiebra no declarada, y que es preferible la permanencia en el mercado de un patrimonio vigente, antes que proceder

a su *liquidación*. Se mantiene así la fuente laboral, y al contribuyente en sus tres niveles fiscales como agente movilizador de la riqueza.

Por todo ello no se entiende por qué razón se requiere un estado de postración cuasi irreversible para ser tutelado judicialmente, incumpléndose así la teleología legal.

d) Finalmente, entendemos como otra nota determinante de la actualidad de esta rama del derecho (que podríamos denominar “el derecho de la insatisfacción”), la influencia que como un factor externo ejercen sobre ella con particular fuerza **las Crisis Macroeconómicas**, que se suceden tanto a nivel nacional como internacional.

Los estados de insolvencia y crisis financieras se ven incrementados y multiplicados considerablemente ante manifestaciones patológicas de las Economías en su conjunto, sea en una región o país en particular, o bien en situaciones de conflictos o desbalances económicos-financieros, cuyas consecuencias se extienden más allá de las fronteras donde ellos se han originado.

Nuestro país ha padecido una cuota considerable de extremas dificultades financieras internas.

Cabe recordar la vivida en los años 2001/2002, que dio lugar a una verdadera y efectiva Cesación de Pagos por parte del Estado Argentino respecto de sus deudas internas e internacionales. Sus efectos siguen sien-

do palpables hasta la actualidad, pese a los más de doce años transcurridos.

Naturalmente, esas causas externas repercuten sobre las microeconomías, afectando las decisiones y resultados de las empresas locales, perjudicando los patrimonios individuales.

Se afecta así a la economía en general, generando una patología distinta de aquella derivada de la cesación de pagos de una persona individual, o de una sociedad o empresa en particular, originadas por factores propios de las mismas.

Dicha circunstancia de crisis macroeconómica agrava el “efecto contagio”; se debilita el crédito en general y resulta crecientemente dificultosa la obtención de una salida positiva en virtud de la contracción del consumo, la falta de ahorro e inversión, el empobrecimiento de los patrimonios y la creciente repercusión de las cargas tributarias sobre los procesos productivos, retroalimentando el estado de crisis generalizado.

Debe destacarse con énfasis, que la globalización imperante en materia económica, lejos de morigerar dichas situaciones, ha contribuido a su multiplicación y agravamiento, dando lugar al “contagio” de las crisis, las cuales adquieren mayor magnitud y consecuencias más gravosas. Las secuelas de la debacle financiera acaecida entre los años 2008 y 2009 en los Estados Unidos aun hoy siguen repercutiendo sobre la economía mundial.

Se ha sumado a ello, la posterior crisis financiera actualmente existente en el Continente Europeo, todo lo cual repercute en los precios, costos e inversiones internacionales.

Éstas son cuestiones de necesaria y detenida consideración en el tratamiento del tema concursal dentro de la economía contemporánea. En tanto las variables macroeconómicas son generalmente aceptadas como elementos determinantes de la cantidad y calidad de los 'estados de cesación de pagos', también lo son respecto de la mayor o menor propagación de la misma entre distintos agentes económicos.

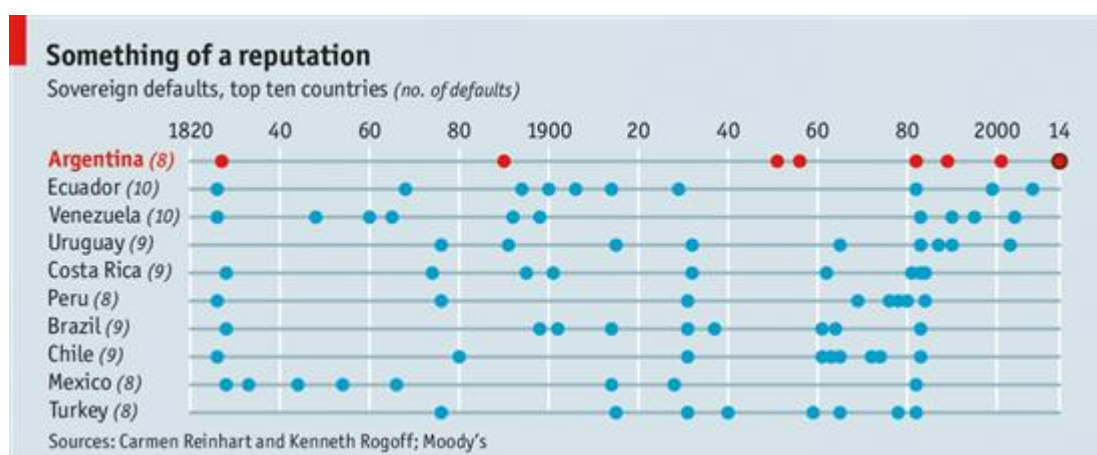
Ello ocurre aún entre regiones diversas, repercutiendo asimismo sobre las posibilidades de recuperación y reversión de ese estado de desequilibrio a nivel microeconómico, tanto en forma previa al inicio de un proceso concursal, como en supuestos de cumplimiento de acuerdos preventivos homologados.

Nuestra economía ha demostrado ser sumamente frágil frente a supuestos de insuficiencia patrimonial macroeconómica o generalizada, o ante la retracción *masiva* del crédito y la falta de fuentes de recursos genuinos en cantidad suficiente.

Mas corresponde recordar que la de los primeros años del presente siglo, no ha sido la única crisis de características generales que atravesó la Nación, sino que ha representado tan sólo la manifestación de una situación nacional recurrente en muchas décadas, si bien acelerada y radicali-

zada en razón de las peculiaridades de la realidad contemporánea en que se inserta.

En el grafico siguiente se verán los distintos defaults de diferentes Países, entre ellos el nuestro:



Dentro de ese marco de crisis recurrentes (en el momento que escribimos estas líneas el País está en un “default técnico) la legislación toda, y especialmente la concursal, aparece como uno de los puntos de tratamiento y prevención posibles, que si bien no es el único necesario para el logro de soluciones satisfactorias, sí es uno de los más descuidados.

Dentro de la normativa dirigida a solventar y regular estos dilemas, si bien son inidóneas para resolver casos generales reprochables, el tema central expuesto resulta desatendido o precariamente cubierto.

Este es un factor de impulso o potenciación del círculo vicioso a través de la permisibilidad de la expansión de situaciones de crisis patrimonial singular, adquiriendo creciente entidad y multiplicando sus efectos

negativos, en lugar de actuar como factor limitador de tales repercusiones, y de profilaxis crediticia y económica.

Estas circunstancias o particularidades de la realidad económico-jurídica de la actualidad, han llevado a un sector de la doctrina a un replanteo de los principios y concepciones tradicionales del derecho concursal.

Una corriente crítica de la situación en que se encuentran inmersos los institutos concursales, fue identificada por Alejandro BARO<sup>117</sup> como la “orientación concursal contemporánea”.

No obstante las propuestas y observaciones que se efectúan en ese trabajo, no es objetivo del mismo el cuestionamiento general de los institutos concursales, o la prédica de la necesidad de su replanteo generalizado y profundo. Antes bien, se propicia el estudio y análisis de las posibilidades de mejoramiento del sistema existente a los fines de su mayor utilidad y expansión, dentro del marco específico del presupuesto objetivo en consideración al escenario actual en que habrá de actuar y regir.

En ése marco conceptual genérico, pero haciéndolo en forma circunscripta a un aspecto identificable y de posible abordaje superador, como es el del Concurso Preventivo, se ubica nuestra tesis.

---

<sup>117</sup> BARO, Alejandro G., “**Derecho concursal moderno y contemporáneo**”, Mendoza, Editorial Idearium, 1981, p. 17

De allí devendrá la demostración de nuestra hipótesis de la indebida indiferenciación y, como consecuencia, LA TESIS que intenta ser superadora de esa situación, a saber: que para el Concurso Preventivo -si la finalidad es verdaderamente la de impedir o prevenir la Quiebra- la única postura coherente con ello, es la de aceptar *además* el concepto o presupuesto objetivo de la Inminencia: Que se permita llegar voluntariamente al Concurso preventivo en condiciones de impedir que acontezca la Cesación de Pagos, próxima, cercana o pronta a ocurrir (pero aún no acaecida) mediante un acuerdo con los acreedores.

Esta es la conceptualización de la *Hipótesis* de nuestro trabajo, a partir de la cual intentaremos demostrar que la ley concursal debe ser ampliada (reformada y adecuada) a extremos de permitir el acceso a *un verdadero proceso preventivo*, que hoy se impide con la exigencia del actual concepto del presupuesto objetivo. A tal fin, lo examinaremos en todas sus facetas.

La Tesis que de ello devendrá como dijimos y sostendremos, será que el nuevo presupuesto debe ser ampliado con el concepto de la Inminencia, que desarrollaremos.

El mismo deberá ser incorporado a la legislación especial.

Con esa modificación, se podrá atender adecuadamente, en tiempo y forma, a quien demuestre fehacientemente, que su insolvencia es cuasi actual y posiblemente inevitable.



Pueden usarse como sinónimos los conceptos de urgencia, cercanía, contigüidad, apremio, prontitud. Todos ellos se refieren de manera elocuente a una situación de proximidad, que pretendemos sea tutelada judicialmente para evitar su agravamiento, o que se produzca efectivamente la cesación de pagos, que haría mermar significativamente la posibilidad de satisfacer en forma adecuada los intereses de los legítimos acreedores y afectando también, la llegada de la crisis definitiva -como es sabido-, el crédito público.

Puede pensarse que el sistema concursal actual tiene previstos institutos y circunstancias en los que el deudor podría encontrar éste amparo.

No coincidimos con dicho criterio.

La ley 24.522 –con sus modificatorias- implementó el acuerdo preventivo extrajudicial (APE, en la jerga judicial), que puede ser solicitado por quien sin estar cesante se encuentra transitando dificultades económico-financieras. Luego, conforme su resultado administrativo, solicitar la pertinente homologación judicial, trámite que nova la calificación de “extrajudicial”.

Pero dicho proceso –a pesar que deriva en todos los efectos propios del concurso preventivo conforme el art. 76-, no permite el tratamiento completo y eficaz del concurso preventivo propiamente dicho –el judicial- pues al no existir verificación de créditos, sindicatura, comité de acreedores, ni sustanciación de eventuales impugnaciones de créditos o sus res-

pectivas etapas recursivas, carece de los efectos propios del análisis y discusión del pasivo, del activo y de la propuesta de pago.

Resulta pues parcial e insuficiente.

## **2. PRESUPUESTO OBJETIVO**

El análisis efectuado respecto del nacimiento y evolución histórica de este complejo concepto que venimos examinando, y de lo relativo a su concepción actual dentro de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, como así también en el Derecho Comparado, demuestran la profundidad, detenimiento y relevancia que ha alcanzado su estudio y evolución, a los fines de delimitar su significación, sus alcances y empleos, tanto en los ámbitos jurídicos como en los económicos, financieros y contables.

Como acontece con innumerables temáticas jurídicas, toda pretensión de agotamiento de las cuestiones derivadas e involucradas en el ámbito de funcionamiento de las mismas, resulta una empresa en principio destinada a ser inacabable, dada su característica naturaleza dinámica y la necesidad de una constante adaptación y adecuación a las nuevas realidades en las cuales se encuentran inmersas.

La concepción del presupuesto objetivo de los concursos, se encuentra íntimamente vinculada a la realidad económica existente en un determinado grupo humano y por tanto se ve alterada en mayor o menor medida por las modificaciones producidas en las relaciones económicas y socia-

les existentes y a la forma de manifestarse éstas, no obstante la generalidad o amplitud que se les otorgue.

Influye el surgimiento de nuevas necesidades emanadas de la práctica, que impulsa cambios en diversos sentidos, según los intereses prioritarios tenidos en especial consideración a cada momento.

En algunos casos lleva a la restricción del concepto, a los fines de una mayor certeza y delimitación del mismo.

En otros a una ampliación, en pos de la inclusión de un universo de situaciones anteriormente excluidas del empleo de las soluciones concursales (como acontece en nuestra tesitura).

También hemos deseado, como lo adelantamos, realizar una depuración ontológica.

Naturalmente, cada una de las posiciones reseñadas, implican ventajas e inconvenientes.

Aquí se arriba a la parte crítica, central, de nuestro empeño académico, que como venimos perfilándolo gradualmente, consiste en el análisis de los actuales planteos y discusiones existentes en torno a los alcances, utilidad y concepción del presupuesto objetivo de los concursos, inescindible del de la “Cesación de Pagos”.

En particular, nos hemos propuesto dejar claramente planteada y fundada, la necesidad de una reformulación, ampliación o cambio por un nuevo criterio, diverso en su amplitud, del actualmente receptado por

nuestra legislación. Este aserto ha quedado debidamente abastecido y demostrado –en nuestra opinión- por la larga investigación que hemos dejado plasmada en los capítulos anteriores.

### **3. LA PREVENCIÓN DE LA INSOLVENCIA**

De todo lo analizado surge, a nuestro criterio, que debe aceptarse la necesidad de una revisión del actual presupuesto objetivo en el concurso preventivo a fin de prevenir en forma temprana y efectiva la insolvencia.

Esta tesis es acorde con los desafíos de la economía actual y está fundada necesariamente en la importancia que revisten las soluciones preventivas de la crisis patrimonial y en la imprescindible anticipación de la protección del cúmulo de intereses que persigue el derecho concursal, especialmente con el concurso preventivo.

El concepto de reciente aparición, *el de la inminencia*, exige y merece un tratamiento inmediato, a partir del cual, se impulse una eventual modificación legislativa que permita a los deudores en vías de ingresar en crisis financieras, acudir ahora sí en forma verdaderamente *preventiva* al proceso concursal judicial.

Toda modificación en la conceptualización de un instituto jurídico (o económico-jurídico como es el caso de la Cesación de Pagos no doctrinariamente sino como presupuesto concursal), ha de responder a una finalidad práctica clara y previamente determinada, si ha de revestir alguna

utilidad. Y dicha finalidad, en lo que hace a la materia en estudio, consideramos que debe estar referida a un mejoramiento de la protección jurídica en forma tempestiva, del desequilibrio económico o crisis empresarial.

Y ello solo es posible mediante una anticipación a dichas situaciones, tendiente a evitar el desencadenamiento de la totalidad de sus consecuencias, generalmente acarreadas por los casos de insolvencia *efectiva*, que ya no permiten obtener los objetivos que pretenden perseguir los principios que orientan la concursabilidad en este tópico.

Puede apreciarse que en general –y lo hemos fundado y señalado con antelación - existe un proceso o estadio previo a la situación de crisis económica efectiva, que atraviesan los emprendimientos productivos.

Las primeras señales que alertan que se debe actuar con precaución, surgen con la declinación paulatina, que por diversas razones suele producirse respecto de los ingresos obtenidos. Ello, pese a que dicha disminución en principio, no haga peligrar la normal atención de las obligaciones provenientes del giro ordinario del negocio.

Dicha mengua de ingresos –que pueden ser o no beneficios- de acentuarse, podrá en su inicio y luego en forma regular, tornar deficitaria la explotación, obligando a la utilización de los fondos de reserva con que se cuenten a los fines de la atención de las obligaciones, y de permanecer en el tiempo, impondrá recurrir al crédito en forma creciente (y a veces a tasas exorbitantes vr. gr. saldo deudor en Cuenta Corriente Bancaria).

La persistencia de tal situación y el sucesivo recurso al crédito, tornará a éste más oneroso, gravando en forma creciente el patrimonio. A ello se adunarán los intereses devengados, generando una mayor necesidad de fondos frescos. Pero ahora no solo para la atención de los gastos de producción, sino también a los fines de la cobertura de los servicios de capital e intereses devengados por el sobreendeudamiento, potenciando las dificultades económicas y financieras del emprendimiento.

Poco a poco la situación tenderá a tornarse insuperable.

Finalmente deriva en el *efectivo* estado de Cesación de Pagos conceptualizada oportunamente. Por lo general esto ocurre con anterioridad al conocimiento del propio sujeto cesante, quien impulsado por expectativas infundadas considera solucionable la situación en que se encuentra incurso. Esa errónea percepción, habitualmente lleva a postergar el recurso a la tutela concursal, disminuyendo progresivamente las posibilidades de un desenlace positivo de su situación.

En relación a lo expresado, señala Luis FERNANDEZ del POZO<sup>118</sup> que previamente al arribo a la efectiva Cesación de Pagos, las empresas suelen atravesar diversas dificultades tanto financieras como de otra índole, que permiten reconocer un estado de “*preinsolvencia*” o “*precrisis*”, el cual, continuado en su desenvolvimiento y arrimado a un estadio cercano

---

<sup>118</sup> FERNANDEZ del POZO, Luis, “El régimen jurídico preconcursal de los ‘acuerdos de refinanciación’ (d.ad.4ª LC). Propuesta de reforma legislativa”, Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010.

al desencadenamiento de la Insolvencia, puede identificarse como un estado de **“Insolvencia Inminente”**.

Este estado previo, de riesgo de derivar en situación de insolvencia, aunque no resulte inminente, ha sido receptado en diversos ordenamientos -como se reseñamos en los capítulos antecedentes-, a los efectos de la asignación de efectos jurídicos *o para la habilitación de diversas vías de solución*. Como vimos, reciben diversas denominaciones, siendo las más frecuentes las llamadas “*financial distress*” (derecho anglosajón), “*empresas en dificultades*”, o “*enterprises en difficultés*” (en el derecho francés).

Este trance conflictivo, podrá devenir en situaciones de *insolvencia inminente* la cual, si no resulta conjurada o remediada pronta y eficientemente, degenerará en situaciones de insolvencia definitiva. Ello con las consecuencias negativas a las que hemos hecho referencia en la parte introductoria y que pretendemos evitar.

Aun cabe la posibilidad de diferenciar, dentro de aquellos estados de efectiva cesación de pagos, supuestos de insolvencia (si bien efectiva) *reversible*, de aquellos supuestos los cuales en virtud de sus peculiaridades y situaciones específicas, resultan *irreversibles*.

Puede observarse por tanto, una serie de etapas *previas*, de tránsito habitual hacia la definitiva efectivización del estado de Cesación de Pagos - que fueron abordadas en forma oportuna- las cuales ofrecen generalmente

mayores posibilidades de acción, tendiente a la anticipación de la insolvencia y a impedir su concreción.

No obstante la claridad y especificidad del tratamiento y descripción relativa a las diversas etapas indicadas, establecer en forma precisa el inicio de la llamada preinsolvencia, o de los primeros momentos de instauración del riesgo de crisis, resulta sumamente dificultoso, aunque ello no impide *determinar la inminencia*.

Dependerá en gran medida de la demarcación de una separación imaginaria, según criterios o variables determinadas, aunque no siempre inequívoca.

Como lo expusimos en el acápite I.29 y siguientes referidos a los elementos que pueden aportar las técnicas contables en lo que concierne a la "DETERMINACION Y DETECCION de las crisis empresariales", en ese punto, la contabilidad demuestra su central relevancia, toda vez que este diagnóstico de situación patrimonial, habrá de realizarse mediante los indicadores contables y el análisis de flujo de fondos esperado, donde el rendimiento patrimonial y sus componentes son las guías básicas para el diagnóstico.

Las dificultades que hemos señalado, devienen de las nociones de Solvencia e Insolvencia.

Ambas admiten diversidad de grados y no son puntual o precisamente constatables (en la mayoría de los casos) en su inicio; sino que de-



pende de ciertas variables como los plazos, el mercado, la macroeconomía, las tasas de interés internacionales, el riesgo financiero, etc.

Todo sujeto resulta en mayor o menor medida solvente y en contrapartida, insolvente. La fijación cierta de dicha medida es problemática y se dificulta la separación clara de las etapas previas a la insolvencia y el momento de traspaso de la barrera definitoria hacia la misma.

Para eso se han elaborado factores, parámetros o coeficientes de alertas que permiten medir una aproximación a la crisis, que se pretende impedir.

Por otra parte, los inconvenientes provienen también (y no en menor medida), de la necesaria ambigüedad de los términos empleados a los efectos de la definición tanto del instituto que se pretenda adoptar como presupuesto objetivo, como de las diversas etapas atravesadas en el devenir de la crisis.

También influye el dinamismo que presentan estas situaciones, en permanente mutación, de conformidad con la velocidad propia del comercio en la actualidad.

Así, la jurisprudencia en nuestro país ha llegado a afirmar que esta problemática resulta de carácter dinámico, porque la situación de la em-

presa es cambiante, mejorando o agravándose, según el desarrollo incierto de los negocios y la economía del patrimonio afectado<sup>119</sup>.

Ello ha motivado, cuanto menos en parte, que la generalidad de la normativa regulatoria de la materia se concentrara en la determinación de las conductas y procedimientos actuantes frente a la *efectiva y definitiva* cesación de pagos, desatendiéndose las etapas previas, no obstante las prometedoras posibilidades que ello podría ofrecer y que impulsan nuestros intentos reformistas.

Por lo tanto, limitándose los remedios concursales a la última etapa de un proceso de gestación más o menos prolongada, las posibilidades de recuperación de la situación de los emprendimientos se ven severamente afectadas.

Por ello las vías judiciales se muestran insuficientes y la prevención se torna ilusoria. Dando lugar así, en última instancia, solo a soluciones liquidativas, frente a la irreversibilidad que presentan las situaciones de insolvencia, en razón de la excesiva postergación de la implementación de instrumentos y dispositivos de recuperación.

Se destaca asimismo que, en la postergación de la salida concursal, influye notoriamente la ausencia de verdaderos incentivos o estímulos al sujeto deudor que lo impulsen a la adopción temprana de una recurrencia

---

<sup>119</sup> Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Santa Fe, Sala 1<sup>a</sup>, en autos: “**Rostagno Hnos. S. A.**”, 17/09/1985, ED, 117-236.

concurzal judicial, para afrontar sus dificultades patrimoniales, crediticias o financieras.

Lo mismo ocurre respecto del acicateo a los acreedores a los efectos de lograr un actuar coordinado tendiente a un resultado de mayor satisfacción de los intereses generales comprometidos. Esa ausencia, da lugar a verdaderas carreras para el cobro o la obtención de garantías, en desmedro de los restantes interesados.

Es así que en el estado actual de la economía a escala mundial y de nuestro derecho en particular, puede advertirse la existencia de una verdadera necesidad de la incorporación de medios legales de prevención de la insolvencia efectiva.

Como se expresara anteriormente con la reiteración necesaria para nuestro planteo de fondo, en la práctica en materia concursal actual se observa el fracaso de las soluciones legales supuestamente precautorias previstas en nuestro ordenamiento.

En particular se nota la dificultad de la reversión de la situación en que se encuentra una empresa, una vez que ha decidido su sometimiento al “concurso preventivo”.

Esto es así, como lo hemos visto, toda vez que al sujeto que pretenda el empleo de ese procedimiento, se le exige hallarse incurso en el estado de Cesación de Pagos. Es decir, cuando está efectivamente instalada la crisis terminal en su patrimonio.

No existe en nuestro derecho una asistencia judicial verdaderamente preventiva u oportuna, brindada al sujeto deudor que avizora dificultades en el horizonte próximo. En la actualidad se lo compele a aguardar a que su crisis torne –como venimos criticando- *efectiva y crónica* (cuando no *terminal*), para habilitar el requerimiento de la tutela judicial.

Necesariamente arriban demasiado tarde como para que sea de verdadera utilidad, a los fines de superar su insolvencia en ciernes, *en interés propio y de sus acreedores*.

No satisface debidamente la situación que venimos describiendo y censurando, el instituto del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, el cual no cubre la totalidad de alternativas y sujetos que pueden verse interesados en una anticipación de la tutela.

Por otra parte, generalmente no se logran, o por lo menos en la mayoría de los casos, los objetivos pretendidos, mostrándose como instrumento insuficientes para impedir la insolvencia en gestación.

El considerable retraso de la tutela jurídica frente a los primeros signos o síntomas de la crisis patrimonial en ciernes, conspira además, contra la solución temprana de la impotencia patrimonial, en tanto impide que el deudor diligente acceda a un adecuado remedio para ello.

Ello ocurre tanto por la conducta del sujeto deudor, como de sus acreedores, que actúan en resguardo exclusivo de su propio interés que redundan en perjuicio (intencional o no) de los restantes interesados. Se

profundiza así la precaria situación de la empresa, acelerando y dando lugar con su propio accionar, al acaecimiento del resultado no querido.

Se posterga también en mayor medida, la búsqueda del remedio judicial colectivo por parte del deudor, a los fines de salvaguardar actos realizados que pudieran verse afectados por las acciones de recomposición patrimonial legalmente establecidas. Concomitantemente se suele recurrir a un cumplimiento meramente formal de sus obligaciones, generalmente por medios irregulares.

Finalmente, y cuando resulta forzoso recurrir al concursamiento preventivo, las posibilidades de obtención de un resultado positivo resultan escasas en el mejor de los casos. Esto da lugar a prolongados procesos “preventivos” de la liquidación, destinados al fracaso y a la consiguiente quiebra indirecta, donde finalmente -como hemos explicitado- muy poco o nada se obtiene, frustrándose el conjunto de los intereses -generales e individuales- involucrados en el proceso.

Éstas y otras similares consideraciones, han obligado a un replanteo del pensamiento en materia concursal, impulsando con creciente fuerza un objetivo largamente perseguido *“como estrella polar del derecho concursal, que a manera de guía de los navegantes aun cuando inalcanzable fijaría el destino correcto”* según el decir de Ariel DASSO<sup>120</sup>.

---

<sup>120</sup> DASSO, Ariel A., “Tendencias del derecho concursal. En ocasión del nuevo modelo francés”, Publicado en LA LEY2009-D, 1265

De allí proviene nuestro deseo de elaborar y plasmar un remedio y paliativo legal, que anticipe la tutela jurídica.

Debe destacarse que a pesar del impulso que dicha orientación ha recibido por parte de la doctrina especializada, e incluso no obstante las modificaciones legislativas antes reseñadas (que incorporan institutos anticipatorios de la tutela como los aquí expresado) en última instancia la obtención de una verdadera profilaxis de la crisis, dependerá de los propios deudores.

Pero claro, primero hay que darle la posibilidad que hoy falta.

Nos resulta claro que frente a la reticencia del propio sujeto en crisis, resultarán generalmente infructuosos los avances que puedan ofrecer las nuevas leyes.

Pero se debe legislar pensando en los sanos y no en los enfermos como supo decir el maestro Llambías, comentando una reforma del Código Civil.

Por eso se requiere que, junto con la incorporación legislativa de la reforma que proponemos, se produzca un verdadero cambio de actitud por parte de todos los actores económico-sociales que convergen en la especie. Y que aún no ocurrida la insatisfacción de uno o más créditos, pero avizorando un futuro de dificultades próximas, no se tema ni se evada la adopción de las medidas necesarias para salvaguardar el patrimonio de la insolvencia, así como también los intereses de terceros a él vinculados.

Esto permitirá una aplicación efectiva y exitosa de los institutos ideados y pergeñados por juristas y profesionales de las ciencias económicas y delineadas por el legislador y cuya investigación y estudio, forman parte de la elaboración de nuestra propuesta

La legislación actual en la temática que pretendemos reformar no solo no es alentadora de conductas de saneamiento, sino que, contrariamente, propicia actitudes disvaliosas.

Hay abundantes ejemplos de sujetos que ante la detección de dificultades económicas, lejos de una modificación de sus pautas de administración y de variar hacia un manejo más diligente de sus negocios, optan por la realización de maniobras riesgosas, negligentes, o bien manifiestamente dolosas. Ello en pos de no caer en forma efectiva en cesación de pagos. Su resultado final es un agravamiento acelerado de la situación ya precaria del patrimonio afectado por los primeros síntomas de dificultades. Ingresan así en un círculo vicioso de erosión de activos, dando lugar a los innumerables procesos liquidativos *carentes de bienes suficientes* para la atención de los gastos mínimos, que impiden el abono de una proporción razonable de las obligaciones verificadas, a los que antes hemos hecho mención.

En consecuencia, puede apreciarse que la base o el primer paso esencial a los fines de la efectividad de cualquier solución tendiente a la prevención de situaciones de crisis efectiva, se encontrará indefectible-

mente en brindar al deudor concursable un instrumento idóneo de prevención de su insolvencia.

También podrán colaborar los titulares de acreencias. Serán estos sujetos quienes se encuentren en mejor situación de apreciar desequilibrios en sus cobros que tornen evidente que peligra la situación patrimonial general del deudor.

Similares razones a las que nos ha permitido arribar este estudio, entendemos que han inspirado a los legisladores en las diversas reformas concursales de ordenamientos extranjeros que se señalaran anteriormente.

Puede verse que fundados en las posibilidades de derivación de meras crisis en verdaderos estados de cesación de pagos, en nuestro país se incorporó el concepto que propiciamos (con otro alcance y fundamentos), en oportunidad del dictado de la Ley N° 24.522, si bien en el exclusivo marco del Acuerdo Preventivo Extrajudicial.

#### **4. CRÍTICAS DOCTRINARIAS**

Sin negar las ventajas que los sistemas de alarma, detección y tratamiento tempestivo de supuestos previos a la efectiva insolvencia pudieran traer aparejados, parte de la doctrina -tanto nacional como extranjera- han cuestionado la intención de procurar la fijación de tales pautas y la inclusión de normas relativas a dichos aspectos, dentro de la esfera de actuación del derecho concursal.



No obstante ello, incluso esos autores por lo general destacan la importancia de la actuación tempestiva o anticipada, de la tutela jurídica frente a supuestos de peligro o riesgo de cesación de pagos.

Pese a ello niegan que dicha tutela anticipatoria deba hallarse incorporada en las reformas concursales.

Consideran que las mismas son cuestiones ajenas al objeto de tratamiento de esta rama especial del derecho, que consiste sólo en supuestos de Cesación de Pagos efectiva.

Toda cuestión previa a la configuración de dicho estado (sostienen) debería remitirse a las ramas generales del derecho, o bien a alguna especialidad en particular (*que no precisan ni proponen*), pero no al derecho falimentario.

Esta corriente de pensamiento –que vemos no ha sido receptado en novedosas legislaciones de otros países mencionadas anteriormente en forma específica- se funda en que es la existencia del presupuesto objetivo vigente, la que amerita el trato especial que le brindan los ordenamientos en la materia.

Por tanto, la inclusión de aquellos supuestos en que manifiestamente no se ha producido dicho estado resultaría, para esta posición, una suerte de contrasentido producto de una confusión de los ámbitos de aplicación.

Por ende, este tipo de regulación les resulta ajena a la esfera del derecho concursal “*strictu sensu*”, el cual tendría que tener por objeto, no la prevención del *nacimiento* de la insolvencia, sino ofrecer *solo* soluciones destinadas a mitigar las consecuencias negativas que la misma produce.

Es decir, debería contemplar exclusivamente las medidas que el legislador estime pertinentes a tales efectos. Según esta doctrina, el fin último y único del derecho concursal es el de poner fin al estado de cesación de pagos acaecido y no a evitar que éste se produzca. Como vimos tales concepciones aparecen abandonadas en las nuevas legislaciones ya citadas.

Lo sostenido, por lo demás, no se compadece con la finalidad misma del concurso preventivo y no toma en cuenta el olvido que ello implica (y ha implicado hasta el presente en nuestro derecho) de la diferencia esencial, que este tipo de proceso concursal presenta respecto de la Quiebra.

Es más, se aparta de la centenaria regla hermenéutica que dispone que "*Ubi eadem est ratio, eadem est o debet esse juris dispositio*".

Este añejo principio del Derecho cuyo significado, “donde existe la misma razón, debe ser la misma disposición...”, da base a nuestra crítica.

Es la expresión del método de aplicación analógica, fundado “en que los casos iguales deben ser tratados igualmente” el cual ha sido violado desde antaño.

El sistema liquidativo que regula hoy en nuestro país a la Quiebra, carece de la identidad de razón o fundamento, que debió guiar desde

siempre y no se ha hecho, *a la finalidad del Concurso Preventivo*: evitar la quiebra, es decir la cesación de pagos.

En consecuencia no compartimos tales criterios y de allí nuestra propuesta superadora.

Por otra parte, son también objeto de nuestro cuestionamiento las manifestaciones tajantes emanadas de ciertos sectores que preconizan de la necesidad de una reforma integral, o el reemplazo total del sistema vigente, en atención a su insuficiencia o fracaso.

Le critican la ausencia de un suficiente y detenido análisis de las consecuencias que habrían de derivarse de tal actuar. Como así también la falta de datos empíricos que permitan trazar un camino de acción para el establecimiento de un nuevo derecho concursal, el cual resulta ensalzado, *pero nunca descripto en su contenido o desarrollo*.

Entre los autores nacionales enrolados en esta tendencia podemos destacar, por su relevancia y trayectoria, al Dr. QUINTANA FERREYRA. Recuerda el resultado negativo que tuviera en su aplicación práctica, la ley francesa en la materia, sancionada en el año 1967, que incluyera entre sus finalidades la prevención del acaecimiento de cesaciones de pagos derivadas de situaciones de riesgo financiero empresarial. Resalta que en un corto plazo mereció críticas generalizadas por parte de los sectores especializados.

En particular, sobre la cuestión en el ámbito nacional, este autor ha manifestado que: “No se puede pretender que las leyes de quiebras constituyan una panacea que solucione todos los problemas económicos. No sólo es una utopía, sino que constituye una tergiversación del asunto. Los problemas económicos van por delante de la ley de concursos y deben ser encarados y resueltos por las normas legales que respondan a motivaciones de una línea coherente. La ley de concursos sólo funciona como apoyo, no como pilar principal de una estructura económico-social”<sup>121</sup>.

Ángel ROJO reconoce, conjuntamente con el derecho concursal propiamente dicho, un derecho pre concursal o para concursal, el cual responde a principios y características diversas y actuantes en diversos ámbitos<sup>122</sup>.

Raymundo FERNANDEZ, en relación a este punto expresa: "La impotencia patrimonial del deudor es la razón de ser del instituto y del procedimiento de quiebra; sin ella no se concebiría la acción colectiva de concurso, instituida como defensa, no contra el incumplimiento de las obligaciones sino contra la insolvencia y cuya finalidad es la de liquidar una hacienda endeudada e incapaz de una evolución normal y beneficiosa para

---

<sup>121</sup> QUINTANA FERREYRA, op. cit., p. 6.

<sup>122</sup> ROJO, Ángel, “**Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales**”, Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, 1981, p. 273

el deudor, los acreedores y la economía general y asegurar a los acreedores un tratamiento igualitario"<sup>123</sup>.

Compartiendo dicha opinión, parte de la doctrina nacional, que destaca la esencialidad de la Cesación de Pagos en el derecho concursal, ha entendido que corresponde al ámbito político la ayuda a la empresa en dificultades económicas transitorias, excluyendo dicho aspecto de la normativa concursal.

Asimismo, se ha señalado que las reformas legislativas adoptadas en dicho sentido, incluyendo dentro del área concursal nacional, soluciones supuestamente preventivas “*no han podido lograr los resultados deseados para revertir o impedir las situaciones críticas masivas*”<sup>124</sup>.

Pese a ello, no se deben desalentar los esfuerzos legislativos tendientes a lograr un mejoramiento de la regulación legal concursal que permita un tratamiento anticipado de la crisis inminente y con ello, una mejor coordinación de los esfuerzos de la totalidad de los actores involucrados.

---

<sup>123</sup> FERNANDEZ, Raymundo, "La cesación de pagos en el Derecho argentino y universal", Buenos Aires, 1939, p. 31.

<sup>124</sup> PORCELLI, Luis A, “**Cesación de pagos y macroeconomía. Su masividad frente a los límites del proceso concursal.**”, Publicado en LA LEY 2004-B, p. 1165 y Derecho Comercial - Concursos y Quiebras - Doctrinas Esenciales Tomo I, 01/01/2008, p. 637. Manifiesta este autor que: “*Han existido contradicciones notables en los criterios de enfoque sobre iguales aspectos como se evidencia en el tenor de las leyes 25.463 y 25.489 (dictadas durante el año 2002). Las mismas muestran la falta de convicción del legislador en las nuevas vías a intentar*”.

Se favorecerá así la actuación coordinada de los mismos, limitando las conductas conflictivas o desequilibrantes, tanto provenientes del deudor como de sus acreedores.

En respaldo de nuestra tesitura, queremos dejar sentado desde ahora, que un estado próximo a la cesación de pagos como presupuesto, no tergiversa en nada el ámbito de actuación del derecho concursal en materia preventiva. Es más como propone en su posición doctrinaria el Dr. Quintana Ferreyra, propiciamos que *“La ley de concursos funcione como apoyo, de una estructura económico-social”*.

En una postura intermedia a las que hemos hecho referencia, puede ubicarse la sostenida por Luis PORCELLI, quien ha manifestado que: *“Ante todo, la cesación de pagos debe distinguirse nítidamente de la noción de las dificultades empresarias o patrimoniales. El diagnóstico de estas últimas y su solución son propios de disciplinas ajenas al derecho; éste recepta el tratamiento de la crisis cuando dichas disciplinas se tornan impotentes para evitar la cesación antes dicha. Sin perjuicio de ello, el ordenamiento recoge también las dificultades mencionadas sin que la persona en crisis se encuentre cesante, o sea, aún cuando exista la posibilidad de caer en ese estado, supuesto éste en el que se le otorga el mismo tratamiento”*<sup>125</sup>.

---

<sup>125</sup> PORCELLI, Luis A., op. cit., p. 47

No obstante la autoridad doctrinaria de quienes han sostenido estas críticas, debemos destacar que disentimos fundadamente como lo venimos haciendo, con tan autorizadas opiniones.

Resultan de una claridad palmaria los fundamentos al rechazo de dichos cuestionamientos efectuado por FERNANDEZ DEL POZO, quien manifestara que: *“Sólo se me ocurren dos explicaciones posibles para que en un hipotético ordenamiento jurídico pueda estar justificada la tesis según la cual el Derecho Concursal no tiene por qué preocuparse de la prevención de la insolvencia mediante una solución que pase por la ‘reorganización’ o reestructuración judicial de la deuda. Así, primeramente, cuando no existiere en el ordenamiento jurídico en cuestión esa rama autónoma del derecho, que es el Derecho concursal, o, en segundo lugar, cuando se declare paladinamente en nuestro ordenamiento imaginario por su audaz legislador que el fin del Derecho concursal se limita a ser, lo que no es poco, exclusivamente, la satisfacción equitativa de los acreedores mediante la ordenada liquidación del patrimonio concursal”*<sup>126</sup>.

Existe una necesaria vinculación entre los supuestos de información, detección y prevención de la insolvencia y los Procesos Concursales llamados a actuar una vez acaecido dicho estado

---

<sup>126</sup> FERNANDEZ del POZO, op. cit., p. 33

Es necesario reiterar aquí que –como dejamos señalado oportunamente- el estado de Cesación de Pagos no resulta configurado por un hecho único, ni es producto de una causa simple, única y unívoca.

Es el resultado de un proceso más o menos prolongado, pero siempre de causación compleja e inicio difuso que, por ende, abarca múltiples etapas de dificultoso deslinde, hasta el arribo a los estadios más patentizados del estado de crisis.

Esto impide seccionar el tratamiento de tan compleja cuestión en forma tajante, entre los supuestos de actuación preventiva, anterior al perfeccionamiento del presupuesto objetivo concursal y aquellos de insolvencia efectiva.

Por otra parte, la tutela de los intereses involucrados en materia concursal, en particular los referidos a la protección de las fuentes de trabajo y la continuación de las explotaciones socialmente útiles, requiere de una actuación que no debe verse limitada a una u otra etapa determinada del proceso de crisis empresarial. Sino que se requiere una necesaria articulación progresiva de las soluciones brindadas, para su mejor y más integral protección.

De esta forma, consideramos que las soluciones y correspondientes intervenciones de los poderes públicos jurisdiccionales sobre el emprendimiento en dificultades, habrá de acompañar ese proceso de crisis, incorporando procedimientos de tutela progresiva, en la medida del desencade-



namiento de las diversas etapas, hasta el arribo de la aplicación de los procesos concursales. Pero (si se amplía el presupuesto objetivo) con una mayor información disponible a disposición de las partes interesadas y una mejor preparación a los fines de afrontar las negociaciones necesarias.

Con relación a las disputa con esas posturas críticas con las que dis-entimos, daremos un último argumento que nos resulta dirimente: si el legislador ha instituido el Acuerdo Preventivo Extrajudicial como objeto de la ley concursal, ha dejado plenamente determinado que el tratamiento de la “ante crisis” o de los estadios previos inmediatos al presupuesto de la Quiebra, se encuentra legítima y razonablemente inserta, en ese ámbito y por ende puede ser materias legislable por los procedimientos concursales judiciales.

## **5. IMPORTANCIA DE LA INFORMACIÓN Y LA DETECCIÓN TEMPESTIVA**

Un estudio detenido del tema del epígrafe, nos ha persuadido que un elemento esencial para el logro de un verdadero anticipo en el diagnóstico de una eventual crisis patrimonial y de allí la obtención de una tutela preventiva, es la información que se puede obtener mediante distintas técnicas de análisis del desenvolvimiento del patrimonio.

No solamente desde una perspectiva histórica del mismo, sino principalmente como un presupuesto prospectivo, es decir, llevando a cabo un

conjunto de análisis y estudios sobre las actuales condiciones técnicas, financieras y económicas y de la realidad futura de un patrimonio, *con el fin de anticiparse a tomar medidas adecuadas en el presente.*

La *información* es el presupuesto “sine qua non” para que, partiendo de los datos obtenidos y con el conocimiento oportuno y temprano de los sucesos predictibles, se posibilite dar la advertencia pertinente para proceder a tomar las acciones adecuadas.

No obstante las medidas que se adopten, o los procedimientos que la legislación establezca a los fines de dar tutela al patrimonio en peligro, *la carencia de elementos de diagnóstico* de la verdadera situación en que se halla la economía del sujeto, realizado en forma sistemática y exhaustiva, impedirán la obtención de resultados positivos. La falta de un diagnóstico certero, obstará el acogimiento tempestivo al resguardo ofrecido por la ley.

Mal puede prevenirse aquello que se desconoce o que no ha sido advertido o que no se detecta en forma oportuna.

Por su parte, los elementos informativos con que se cuenten permitirán determinar el momento a partir del cual la intervención resultará ineludible a fin de evitar el acaecimiento de la insolvencia. Es decir, una base adecuada de información señalará el punto de partida y la necesidad del empleo de medios concursales preventivos o pre concursales –según el caso- que brinde el ordenamiento legal, así como la adopción de decisiones

negociales tendientes a evitar la progresiva degradación de la situación patrimonial del deudor.

Tal es nuestro anhelo.

Sin embargo, en este punto, la cautela resultará una virtud de ejercicio esencial, toda vez que el arribo a conclusiones erróneas, tanto en un sentido como en otro, podrá dar lugar a graves consecuencias.

Eventualmente, podrá producirse la frustración de los fines que venimos instando ante la falta de previsión de la misma o porque se posterga la adopción de las medidas necesarias y, de esta forma, se hará peligrar la continuidad de emprendimientos útiles para la economía y la sociedad.

En este aspecto resultará central el enfoque interdisciplinario de la problemática, con particular incumbencia de las ciencias económicas y contables<sup>127</sup>, para la atención de una realidad de causación múltiple y complejidad considerable, temática ya aborda precedentemente.

La importancia que reviste la información en todo supuesto de insuficiencia patrimonial, así como las consecuencias de la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones a los derechos de terceros sujetos, como así también la necesidad de tomar decisiones fundadas para evitar

---

<sup>127</sup> “La función esencial de la contabilidad es constituirse en una herramienta de auxilio para el administrador a fin de facilitar su gestión y evaluar sus resultados dentro de su operatoria. Atento a las formalidades y a los convencionalismos de que está impregnada, su operatoria resulta también útil para terceros ya que posibilita el conocimiento adecuado sobre la composición del patrimonio y su evolución en el tiempo.” (PORCELLI, Luis A., op. cit., p. 78)

arbitrariedades tanto en el ámbito judicial como extrajudicial y negocial, ha llevado a diversos autores a sostener la necesidad de requerir del sujeto deudor, el aporte de diversos elementos que permitan otorgar sustento suficiente a las medidas requeridas para la superación de la crisis, especialmente cuando tienen carácter anticipatorio.

Por tanto, los sistemas de información, detección temprana e identificación de riesgos –incluso los inminentes- y las alarmas que puedan determinarse, son aspectos centrales para viabilizar nuestra tesis con el alcance que venimos explicitando.

## **6. DIFICULTADES DEL REPLANTEO DEL PRESUPUESTO OBJETIVO.**

Conjuntamente con la recolección de información que permita el conocimiento de la real situación patrimonial y el alerta sobre una eventual crisis, resulta necesario proceder a la acción, tomar decisiones y aplicar los instrumentos de saneamiento, que permitan la corrección de aquellos elementos o aspectos generadores del riesgo, que desemboquen la crisis definitiva.

Atendiendo a lo señalado, cabe incursionar en una cuestión ineludible al tratar la temática que nos ocupa: el debate en torno a la necesidad o conveniencia de la modificación o adecuación del presupuesto objetivo de los procesos concursales preventivos, de manera de ampliar o rever la sufi-

ciencia de la sola Cesación de Pagos, de forma tal de permitir anticiparse a la Insolvencia. Ello en razón que no obstante los sistemas de alarma que pudieran establecerse a fin de detectar posibles situaciones de insolvencia o crisis y la voluntad de los interesados tendientes a enderezar dicho estado, en un régimen concursal rígido, que vede el ingreso a su tutela hasta la definitiva Impotencia Patrimonial, llevará –en la mayoría de los casos- al fracaso de todo esfuerzo tendiente a evitar que ella suceda o a la superación de la misma, por una vía no liquidativa, como hemos ido acotando en cada oportunidad que el estudio lo hizo necesario.

En pos de mayores precisiones cabe puntualizar que, una de las dificultades que impiden la adopción del temperamento que venimos perfeccionando, resulta de las discrepancias en torno a la significación que ha de brindarse al actual presupuesto objetivo de los procesos concursales.

Es así que, no obstante existir coincidencia en los elementos centrales que integran el concepto, no resulta posible agotar los debates que su conceptualización acarrea o –como venimos propiciando- de modelar un concepto que cumpla con la nueva finalidad de permitir adoptar recursos judiciales tempranos, ante la crisis avizorada.

Dichos debates, están lejos de solucionarse mediante un cambio de rumbo consistente en una reformulación de dicho instituto, o mediante su reemplazo o ampliación agregando un concepto nuevo, los que en ocasio-

nes se ven profundizados, generando incertidumbre y cierto grado de inseguridad jurídica.

Esta es una cuestión propia de toda innovación en materia jurídica, pero con las peculiaridades propias de lo delicado de la cuestión llamada a reglarse y la ambigüedad de los términos empleados, unidos a la necesaria demarcación de los límites de las figuras concursales.

No en vano se califica a la ciencia jurídica como la “ciencia del matiz”, de lo sutilmente distinto, “de las circunstancias del caso”.

Toda expresión con la cual se pretenda reemplazar la de “Cesación de Pagos”, tradicional en nuestro derecho, se verá acechada por innumerables interpretaciones y contradicciones posibles.

Ello ocurre especialmente, en los primeros tiempos de instauración, de toda novedad legislativa. Basta citar a tal efecto, las posibilidades interpretativas que brindan denominaciones tales como “dificultades financieras” o “empresas en crisis” las cuales permiten una visión del difícil destino que presenta este camino.

Por eso es que apuntamos más a un agregado ampliatorio que a su sustitución.

Por otra parte, toda modificación jurídica, si no va acompañada de un cambio equivalente en las prácticas tribunalicia y profesionales, como así también comerciales o negociales, carecerá de la repercusión requerida para su vigencia práctica.

Los loables fines tenidos en miras en oportunidad de producirse una reforma se ven destinados indefectiblemente al fracaso, si no cuentan con el necesario cumplimiento de aquellos sujetos cuya conducta está llamada a regirse por las nuevas normas.

Es así que todo cambio deberá necesariamente iniciarse en la mentalidad de aquellos que estarán encargados de su interpretación, cumplimiento y su aplicación y del impulso que los aliente y les permita superar la conducta usual y estereotipada en la “resistencia al cambio”.

Pese a las dificultades naturalmente derivadas de tal pretensión, la ventaja e incluso la necesidad propender a ello, se manifiestan cada día con mayor fuerza.

Teniendo en cuenta los antecedentes indicados, nuestra tesis pretende el mantenimiento del presupuesto objetivo actualmente vigente, pero creando como alternativa habilitante, un concepto nuevo adicionado al existente, que permita –en su caso- una instancia de antelación inmediata o sincrónica.

Aquellos que sostenemos la importancia y necesidad de la implementación de reformas jurídicas que actúen en forma previa, pero próxima, a la producción de la Cesación de Pagos como es entendida actualmente, crecen en número, sumándose voces al coro de predicadores de la prevención de la Insolvencia, tanto dentro como fuera del ámbito de los autores del derecho falimentario.

Se puede constatar que en legislaciones foráneas están orientadas a la regulación de las relaciones negociales en estados de solvencia o equilibrio, y en forma separada, especial y específica, norman las situaciones de insolvencia o desequilibrio patrimonial. Como frontera entre ambos territorios está el concepto de la Cesación de Pagos, *quedando sin regulación judicial las zonas intermedias (o aledañas) que separa la plena solvencia y la cesación efectivamente producida.*

Esta manera de legislar sobre la empresa en crisis o en dificultades de diversa magnitud (cada día más relevante), da lugar a una importante desprotección del propio sujeto deudor (y con ello, del crédito y de otros aspectos de la economía que lo rodean). Éste ve deteriorarse progresivamente su situación patrimonial, frente a lo cual el derecho no le brinda soluciones judiciales específicas. Lo somete a las normas comunes, bajo cuyo abrigo se ha visto incurso en su precaria situación y queda a la espera del desenlace fatal representado por el ineludible quebranto patrimonial.

Sostenemos que no existen motivos jurídicos inmovibles que lleven inexorablemente a la exclusión de tratamiento legislativo a las primeras etapas o las más próximas a las crisis patrimoniales terminales.

Hacemos propias las palabras de Hugo MACIEL que en esta cuestión expresa: “Entendemos que una ley de concursos puede incluir y debe ocuparse de sistemas previos al estado de cesación de pagos, sobre la base



del principio de comunidad de intereses de los acreedores y para que la situación no desemboque en comunidad de pérdidas”<sup>128</sup>.

Aun más, en la actualidad se presenta como posible la aplicación del principio de comunidad de pérdidas y de imposición de sacrificios comparados, obligando a las minorías en virtud de decisiones de las mayorías, aun sin efectiva Cesación de Pagos.

Se ha ampliado así el ámbito de tutela en forma considerable, anticipando los medios judiciales y permitiendo el establecimiento de un verdadero sistema preventivo, no ya meramente de las soluciones liquidativas, sino para evitar la efectivización del quebranto.

El acuerdo “extrajudicial”, ha mutado en cuanto a su concepción original; ello en atención a las recientes decisiones recaídas en el marco de las causas motivadas por sendas presentaciones tendientes al logro de la homologación de Acuerdos de esta naturaleza por parte de las sociedades “Cablevisión S.A.” y “Banco Hipotecario S.A.”<sup>129</sup>. Lo decidido ha permitido

---

<sup>128</sup> MACIEL, Hugo D., “*La cesación de pagos en la ley de quiebras 24.522*”, Publicado en LA LEY 1997-D, 1280.

<sup>129</sup> En dicho caso se manifestó que: “Sobre estas bases y tras ponderar especialmente las peculiaridades propias del concurso preventivo y del acuerdo preventivo extrajudicial detalladas a fs. 6100/6102, concluyó que “...existe un género conceptual ‘concursos preventivos’, integrados por dos especies, a saber: (a.1.) concurso preventivo judicial – ‘concurso preventivo’, en la letra de la ley -y (a.2.) concurso preventivo extrajudicial – ‘acuerdo preventivo extrajudicial’, en términos de la misma ley 24.522—y que ‘...la caracterización del APE [acuerdo preventivo extrajudicial] como una ‘subespecie del concurso preventivo’ —difundida expresión, largamente criticada por el recurrente— resulta aceptable y arreglada a derecho” y “5º) Que, al resultar inadmisibles los agravios del apelante fundados en la doctrina de la arbitrariedad y mantenerse incólume la conclusión del a quo acerca de que el acuerdo preventivo extrajudicial es una especie del género concurso preventivo o un subtipo de éste, quedaría sellada la suerte adversa del recurso.” (artículo 50,

la incorporación de un presupuesto anteriormente inexistente y considerablemente más amplio que el de Cesación de Pagos, habilitando al sujeto en desequilibrio patrimonial, a la adopción de una vía con visos de resultar verdaderamente preparatoria y previa no solamente de la liquidación, sino ahora de la propia insolvencia.

Toda noción, concepto, o instituto jurídico, a través del paso del tiempo, se ve sometido a una constante prueba de su vigencia, consistente en su utilidad y utilización, derivada de su adaptación a la realidad social en que está llamado a actuar. Y por tanto, no ha de temerse al cambio y en su caso –en éste en especial- se deberá receptorlo.

Obviamente, ello con espíritu crítico, con el fin de evitar desbordes de la innovación con instrumentos inadecuados para el escenario en que se introducen, o en los que pretenda verse, en su novedad, una virtud que no condice con su utilidad.

Ésta no es una cuestión reciente.

Puede observarse una preocupación de larga data sobre la cuestión, incluso en el marco de la preparación, proyecto y debate de la que posteriormente sería aprobada como Ley N° 22.917 modificatoria del entonces régimen concursal establecido por la Ley N° 19.551. En el dictamen de fecha 30 de Diciembre de 1982 se dejo sentado que: “... *el Dr. Alegría sugie-*

---

párrafo primero, de la ley de entidades financieras, según la redacción dada por la ley 25.780).(CSJN, en autos “**Banco Hipotecario S.A. s/ acuerdo preventivo extrajudicial**”, causa B. 2177, XLII, 22 de febrero de 2011

*re el estudio oportuno, por la Comisión redactora, de términos que permitan adecuar el concepto de 'cesación de pagos' a la situación contemporánea de los negocios y permitir una interpretación flexible que refleje la realidad económica, la razonabilidad de alternativas de reflatamiento o saneamiento empresario mientras no se encuentre definitivamente quebrantado el crédito y reserve la aplicación de ese concepto a condiciones en las que se pueda considerar irreversible la situación de insolvencia del deudor".* Esto no fue óbice para que la posición a que se arribara posteriormente, fuera la postergación de toda modificación conceptual, hasta tanto la coincidencia de opiniones doctrinarias y jurisprudenciales así lo permitieran, conforme quedara finalmente plasmado en la Exposición de Motivos de la Ley N° 22.917.

## **7. LAS CRISIS O DIFICULTADES ECONÓMICAS O FINANCIERAS**

Frente a tal preocupación en torno a la actualización de la conceptualización de la Cesación de Pagos, como hemos adelantado con creciente eco, una corriente doctrinaria reconoce la necesidad de su modificación o reemplazo.

Se propugna como dijimos, su sustitución por conceptos de mayor amplitud y flexibilidad, cuya idea inspiradora reside en lograr la anticipación de la tutela brindada por el ordenamiento jurídico, en concordancia

con la información proveniente del ámbito económico-contable, frente a situaciones inestables, riesgosas, o de inminente insolvencia.

En este orden de ideas, la preocupación existente ha dado lugar a partir del año 1980 al inicio y posterior desarrollo de un importante debate acerca de la conveniencia del reemplazo legislativo (principalmente en materia empresarial) del presupuesto objetivo concursal clásico; de forma tal que se permita recurrir a mecanismos preventivos con anterioridad a la instalación de la insolvencia, retrotrayéndolo a los estadios anteriores a tal estado.

La generalidad de los desarrollos al respecto, han adoptado al efecto el concepto de “Crisis”, o sus sinónimos o traducciones, tales como “Preinsolvencia”, “Dificultades Económicas o Financieras”, “*Financial Distress*”, “*Enterprises en Difficulté*” (que analizáramos en los puntos I.28, III.3 y otros del presente).

Naturalmente, tratándose de una nueva conceptualización existen importantes discrepancias; diversidad de opiniones y debates no menores como los que generó la idea de la Cesación de Pagos en los albores de su desarrollo.

Nuestra tesis discurre por carriles disímiles a la sustitución, y se espera superar dichos escollos.

Asimismo, una noción como la generalmente propuesta, planteada simplemente como “Crisis”, presenta dificultades provenientes de sus plu-

rales acepciones y significaciones y de la diversa naturaleza que las mismas pueden revestir.

En este punto, expresa ROJO que: “Ya no se habla de 'insolvencia'; se habla de 'situación de crisis económica', concepto meta jurídico y –lo que es más importante- sin posibilidad de ser confundido con los que habitualmente utilizan las leyes concursales. Un concepto abierto y, en consecuencia, cambiante, que habrá de evolucionar a lo largo del tiempo. Determinar si el deudor se encuentra o no en una situación de crisis económica constituirá una cuestión de hecho y, en cuanto tal, sometida a la libre apreciación del Tribunal de instancia”<sup>130</sup>.

Frente a la considerable amplitud del vocablo “Crisis”, sin aditamento alguno, se ha planteado la necesidad de la especificación y justa delimitación del presupuesto, toda vez que las Crisis pueden presentarse en numerosos ámbitos de la actividad del sujeto, con diversa intensidad o gravedad. Y además puede resultar de diferente naturaleza o esencia (comercial, económica, financiera, laboral, tecnológica), no siendo aplicable la solución concursal respecto de la totalidad de las mismas.

Esta falta de precisión de los límites del nuevo presupuesto que se propone, justamente derivado de la flexibilidad y amplitud aportada por el

---

<sup>130</sup> ROJO FERNANDEZ-RIO, Ángel, “*El estado de crisis económica*”, en “*La Reforma del Derecho de Quiebra*”, Civitas, Madrid, 1982, p. 157

concepto de “Crisis” y sus sinónimos, ha conspirado en gran medida contra su recepción positiva en el ordenamiento jurídico nacional.

No obstante ello, no se deben desalentar los intentos tendientes a conferirle un mayor grado de determinación y certeza, ni su eventual adopción como posible ampliación del presupuesto objetivo, si fructifican los mismos.

Mas, pese a la flexibilidad y dinámica que estimamos deberá presentar el nuevo presupuesto, a los efectos de una mejor atención de las particularidades de la actual realidad económica que alcanza a todos los países o importantes regiones, los desarrollos tendientes a determinar los justos límites del concepto de Crisis Empresarial o de Dificultades Financieras, habrán de partir necesariamente de elementos objetivos. Ellos deberán permitir una adecuada separación entre situaciones de normal desarrollo del patrimonio bajo análisis y evitar una indebida extensión del instituto a situaciones abusivas, temática ya confrontada.

Los elementos objetivos aludidos tendientes a la determinación de la crisis, pueden verificarse por diversos mecanismos de información y de alarmas, provenientes del análisis de la información contable desarrollados oportunamente y del desempeño de la actividad desplegada por el deudor. Generalmente son de carácter interno y privativo del propio interesado.

Pero, no obstante lo señalado y el desarrollo que la conceptualización de la Crisis ha tenido, especialmente a partir de su recepción en el ámbito específico del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, la cuestión dista de resultar pacífica, y los debates de agotarse, subsistiendo la indefinición en torno al alcance a asignarse a estas formas de definición del presupuesto objetivo en materia concursal.

## **8. NUEVO PRESUPUESTO OBJETIVO**

Este estudio ha culminado por persuadirme, que estamos en camino de arribar a la conclusión, cada día más compartida, en torno a la insuficiencia de las concepciones tradicionales en materia de presupuesto objetivo de alguno los procesos concursales y por esa razón nos propusimos replantear el tema, específicamente con relación al concurso preventivo.

Pudimos ver en capítulos previos, que los debates que motivaran la delimitación de la conceptualización de la Insolvencia o Cesación de Pagos, hacen prever arduas y acaloradas discusiones tanto en nuestro ámbito como en los temas y ciencias conexas.

La falta de acuerdo entre los diversos interesados resulta una característica constante en la materia y en particular en sus aspectos primordiales.

El derecho, en todas sus ramas, se encuentra llamado a normar las conductas en interferencia intersubjetiva. Relaciones humanas desarrolla-

das en el marco de una determinada realidad social y cultural, en constante evolución y cambio.

Cuando las normas y principios de esencia jurídica, en razón de su relativa estabilidad, se apartan progresivamente de las particularidades y necesidades derivadas de la realidad a la que están llamadas a regular, resulta necesaria su actualización y adaptación a esas nuevas circunstancias. Ello, so pena de perder virtualidad o eficacia, pese a su vigencia.

Resultan incuestionables las enormes variaciones producidas en los últimos tiempos en la realidad económico-social a escala internacional.

Se plantea entonces la necesidad de actualizar las nociones tradicionales de las instituciones jurídicas, en particular en materia de derecho comercial y especialmente en la concursal, por el dinamismo que caracteriza al mismo.

La concepción amplia de la Cesación de Pagos, como fuera expuesta, en especial si se atiende al extenso período transcurrido desde que dicho Presupuesto Objetivo fuera plasmado, quedó desactualizada.

Los planteos referidos a la insuficiencia de las soluciones actuales, en lo que a nosotros concierne, se encuentran inescindiblemente unidas a la postulación de la necesidad de un replanteamiento de mayor amplitud del criterio objetivo, en orden al saneamiento y reorganización frente a las dificultades empresariales, a las que hemos hecho referencia repetidamente desde distintos puntos de vista.



Nuestra tesis está referida, como hemos anticipado en cada oportunidad pertinente, a la conveniencia y necesidad, de proceder a una reformulación del presupuesto objetivo como se encuentra actualmente receptado.

## **9. INCORPORACIÓN DE LA INSOLVENCIA INMINENTE EN EL CONCURSO PREVENTIVO.**

Una aproximación al problema de la habilitación de las vías de tutela judicial ante una situación patrimonial de desequilibrio inmediatamente previa a la crisis definitiva, se ha intentado encontrarla en la flexibilización de la enunciación e interpretación tradicional Cesación de Pagos.

Dicho enfoque resulta particularmente atractivo en el marco de aquellos ordenamientos que lo mantienen en forma rígida como único y exclusivo presupuesto objetivo en materia concursal judicial, como es el caso de nuestro País.

Esta posibilidad persigue un mejoramiento del sistema, sin abandonar los carriles tradicionales.

Permite de esta forma, introducir las modificaciones necesarias, disminuyendo las posibilidades de la incorporación de factores de riesgo para la seguridad jurídica, o de nuevas vías de ingreso de abusos y comportamientos defraudatorios.

Por otra parte, en ordenamientos como el nuestro, la idea de reformular el presupuesto ofrece la posibilidad de obtener un cambio significativo en el acceso a la reorganización judicial del patrimonio en crisis o próximo a ella, sin necesidad de una modificación sustancial.

Naturalmente, lo que se presenta como mayor ventaja de este enfoque aparece como su mayor debilidad, toda vez que dicho punto de partida, representa una considerable limitación a las innovaciones que pudieran introducirse.

Por un lado, por las ataduras existentes a cartabones y estructuras establecidas y por otro por la reticencia en particular en las ciencias jurídicas, respecto de la innovación o alteración en materia de institutos clásicos.

Asumimos que de no materializarse la innovación en forma compartida por la generalidad de los actores económicos y jurídicos, podría estar destinada al fracaso.

Consideramos que la modificación que propiciamos, se presenta como un paso correcto y prudente en el camino a la obtención de una verdadera acción judicial precautelar para impedir la Insolvencia, con notorias ventajas con relación al sistema vigente.

Con los recaudos adecuados, será útil – como hemos venido señalando- a fin de brindar una temprana, oportuna y eficaz tutela judicial.

En ese sentido, entendemos que solo resulta necesario extender el presupuesto objetivo actual de forma tal que no sólo abarque aquellos supuestos de impotencia patrimonial efectiva y exteriorizada, sino que también incluya a la etapa inmediata anterior a la culminación del desequilibrio económico. Entendemos que requerir actos de quiebra en concursos que pretenden impedir la quiebra, no resulta congruente.

Como dijimos en su oportunidad y lo reiteramos con énfasis “no es posible predicar ‘prevención’ si se exige *la efectiva cesación de pagos.*”

Se incorpora así dentro de sus alcances, los estados generalmente identificados por la doctrina y legislación más moderna, como de “*insolvencia inminente*” de mayor rigor técnico para el concurso aplicable, y se remedia de igual manera, el incoherente requerimiento de hechos reveladores (vr. gr. el incumplimiento), especialmente en el supuesto del concurso preventivo.

Se comprende o se abarca así en nuestra propuesta, lo que en la actualidad se presenta como una zona gris que por lo general resulta desprotegida en la práctica y que será alcanzada por el nuevo concepto de “*inminencia de la Cesación de Pagos*” sin modificar la definición actual de ésta última.

Es decir que pretendemos instar una reformulación ampliatoria, que sea temporalmente anticipatoria a la tradicional, de la Cesación de Pagos.

La innovación permitirá su flexibilización y la extensión eficaz a etapas previas, contiguas o colindantes a la Insolvencia efectiva, que se exige en la actualidad, como hemos venido desarrollando en forma paulatina.

Será un reconocimiento y un colofón a una problemática necesitada (ya está dado el debate en este trabajo) de un cambio positivo.

Lo plasmamos en los siguientes términos, desde un punto de vista de “lege ferenda”:

**“El estado de cesación de pagos, cualquiera sea su causa y la naturaleza de las obligaciones a las que afecte, es presupuesto para la apertura de los concursos regulados en esta ley, sin perjuicio de lo dispuesto por los artículos 66 y 69. El deudor también podrá solicitar su concurso preventivo, cuando su patrimonio se encuentre en un estado generalizado, permanente y exteriorizado, que revele una impotencia inminente que no le permitirá atender con su activo, en tiempo y forma, las obligaciones que lo gravan, por medios regulares”.**

Con lo señalado, se persigue evitar situaciones de notoria desigualdad, por denegación de acceso a la justicia y a la debida tutela de los intereses involucrados.

Ello especialmente frente a situaciones donde la configuración de la Cesación de Pagos se presenta dudosa, por encontrarse en sus etapas ini-

ciales y frente a la cual los órganos jurisdiccionales, en su gran mayoría, interpretan que el marco legal es excedido y los obliga a rechazar las presentaciones así fundadas. En esos supuestos consideran no configurado el presupuesto objetivo, en una aplicación estática y exegética de la norma, con las consecuencias perjudiciales que ello acarrea, tanto para el propio deudor, como respecto de la totalidad de los terceros a él vinculados negociablemente, en mayor o menor medida.

A lo largo de este estudio hemos vertidos los variados fundamentos de tal aserto.

Nuestra tesis va más allá todavía.

Se sostiene que habilitar el concurso preventivo recién cuando el estado de crisis está efectivamente acaecido, priva totalmente al proceso concursal de su aptitud para lograr un acuerdo razonable con el conjunto de los acreedores perjudicados y afectados.

Aquí es donde se hace patente, como lo pusimos de relieve anteriormente y aquí lo precisamos, que la presentación antelada del deudor se corresponde directamente con la “fiducia” del acreedor al concederle el crédito, que descansaba en la convicción del mismo que esperaba la “diligencia del deudor” (opuesta a negligencia); que implica que no esperará la efectiva cesación de pagos, sino que lo convocará ANTES para arribar a un acuerdo sobre sus nuevas bases patrimoniales. Pero a ese “deudor diligente” no le está permitido normativamente, actuar judicialmente en forma

anticipada a la crisis patrimonial, lo cual para nosotros cae en la antijuridicidad.

Como lo expusimos en los antecedentes compulsados, se propicia actuar judicialmente en esa etapa de gestación interna aún cuando no existan hechos reveladores para terceros. Esto es jurídicamente viable pues lo exterioriza el propio deudor.

En el **estado de inminencia**, todavía pueden existir recursos financieros y crediticios, que no aparecen como viables o existentes, cuando la cesación ha estallado.

*Es el matiz diferencial esencial*, que está faltando entre este tipo de concurso judicial preventivo y la quiebra y es en definitiva la propuesta de nuestra Tesis.

## **EPILOGO**

El concepto de “estado de inminencia de la cesación de pagos”, importa incorporar en nuestro derecho vernáculo, un cambio en el paradigma del presupuesto objetivo, solo respecto del concurso preventivo judicial.

Implicará claramente, que no deberá exigirse un efectivo o acaecido estado de cesión de pagos, para permitirle al deudor el acceso a la justicia.

Bastará pues, con comprobar el estado de impotencia patrimonial inminente, próximo o colindante, que impedirá el cumplimiento de las obligaciones recientemente exigibles o a vencer, por medios regulares, mediando generalidad y permanencia, de dicho estado.

Se ha sostenido, con acierto, que la cesación de pagos constituye una noción doctrinaria cuya precisa definición escapa a la tarea del legislador. Pero como lo ensañaba el maestro Cámara, dicho estado no es un fenómeno puramente económico ni áridamente contable, como tampoco lo es exclusiva y meramente jurídico.

Sustentamos que el **estado** al que alude el concepto actual y tradicional, ya no puede referirse solo a la complejidad que suponen incumplimientos y hechos reveladores exclusivamente patrimoniales, efectivamente acontecidos en grado de definitud. Involucra también aspectos íntimos del deudor, su prestigio, su nombre, la trayectoria comercial o empresarial.

Existe una patología que es definida en el campo de la medicina psiquiátrica como el “síndrome del concursado”. Se trata de la depresión que sufre quien afronta una crisis insuperable de su patrimonio, con grave afectación de su grupo familiar, divorcios originados en aspectos económicos, ruptura de lazos filiales y hasta suicidios.

El tema no puede ser circunscripto a lo jurídico/contable pues lo desborda también hasta en lo emocional.

Nuestra larga experiencia cuenta con lamentables y trágicos casos de clientes desesperados, historias familiares, vergüenzas propias y ajenas que enlutaron vidas enteras; otros, cansados de soportar los vaivenes de la macroeconomía por ejemplo, obligados a despedir personal largamente entrenado y capacitado, con gran antigüedad. Cierre de sus establecimientos y sucursales, afectación del patrimonio personal de socios y directores que actuaron como avalistas compelidos por los acreedores, en especial los bancos. En fin, todas situaciones sumamente graves que podrían haberse siquiera atenuado con una prevención efectiva y eficaz.

Hoy se habla del concurso y la quiebra del consumidor, del pequeño concurso soportado por la persona física ajena al quehacer comercial, pero endeudada –activa o pasivamente-<sup>131</sup> por razones que la exceden y limitan su vida diaria.

Para esas personas, la maestra, el policía, el empleado público, el ama de casa, la madre soltera con hijos menores y único sustento del hogar y con un salario escaso (la mayoría de los concursos que hoy ocupan la labor judicial en casi todo el país, el llamado “concurso del consumidor), el

---

<sup>131</sup> Los Prof. Héctor Alegría y Aida Kemelmajer distinguen ambos supuestos: quien por razones de moda, exigencias de sus hijos, fobias de compras compulsivas, etc. gastan más allá de sus ingresos, generan un pasivo que en forma acumulativa, mes a mes, termina por gestar un endeudamiento que en definitiva es producto de sus propias decisiones o endeudamiento activo –es decir por la misma actividad del sujeto-

En cambio, quien soporta un encarecimiento del costo de vida en forma permanente, sin que sus ingresos se actualicen de la misma manera, experimentará seguramente un empobrecimiento de su patrimonio pero no por decisión propia o a consecuencia de actividades que importen gastos superfluos o innecesarios, serán efectos de factores externos de sus decisiones, es un endeudamiento “pasivo”, ajeno a la voluntad del deudor.



tecnicismo de la cesación de pagos no puede ni debe significar un escollo para su reinserción en la vida ordinaria y común.

El llamado “fresh start” del derecho estadounidense y su versión en español –una segunda oportunidad, nuevo comienzo, un inicio refrescante-, encuentra su razón en la necesidad de permitirle al deudor cesante recomenzar su vida, condonando sus deudas –por única vez o dos veces en toda la vida, o cada diez años, etc., según lo determine el legislador-, pues le resulta imposible cancelarlas con sus medios ordinarios. Si no fuere así, estaría condenado de por vida a mantener un pasivo que nunca podrá pagar y lo sumerge en una condena social sin otro logro que la “vindicta pública”, mas apegada al derecho penal que al comercial. Este instituto no se encuentra previsto en nuestro ordenamiento concursal, y nos enrolamos entre los autores que estiman su conveniencia.

En nuestro derecho falencial, podría ser el pequeño concurso (actual art. 288 LCQ) -cuyos condicionamientos en la ley argentina deberán ser actualizados, exorbitando el tema éste trabajo- la herramienta legal adecuada para la atención del supuesto del deudor-consumidor.

La inminencia le permitirá, al igual que a la gran empresa, prevenir y evitar en tiempo cierto, su indeseable desenlace, es decir, la quiebra; con ello se cumplirá el objetivo de la ley: la concursabilidad efectivamente preventiva de un patrimonio en crisis.

Actualmente, el referido **estado** involucra otras cuestiones que la modernidad impone: el consumo, la moda, la idealización del consumo como presupuesto de éxito y felicidad, la globalización, la informática.

Se condiciona la vida cotidiana del deudor que no encuentra adecuado asilo en la ley y debe aguardar, estoico, el vencimiento de alguna obligación para ahora sí, presentar su concurso.

Ciertamente es absurdo, por tardío e ineficaz.

El concepto de cesación de pagos tradicional que ha sido aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, deberá adaptarse a las nuevas condiciones que la economía impone y su presupuesto objetivo, su natural correlato, también; se sustentarán en nuevos paradigmas que la doctrina elaborará siguiendo las tendencias de la sociedad y el mercado, que es por lo que bregamos.

Nuestro aporte está referido a instalar en nuestro derecho, el concepto de *estado de inminencia*, como exposición doctrinaria, que pretende una ponderación medida del instituto para su inclusión en el derecho positivo, para viabilizar un tipo de concurso que es esencialmente diferente al de la Quiebra.

Y para finalizar, si se efectuara oposición a esa propuesta actualizante, deberá responderse una pregunta que ya formulamos y creemos necesaria reeditarla como forma de reafirmar lo sostenido:

¿Cuál es la razón que sustenta la posibilidad de que un sujeto concursable, convoque extrajudicialmente a sus acreedores *antes de estar en efectiva cesación de pagos* y no le está permitido, en similar situación, hacerlo en forma judicial?

La tesis está referida a la objetiva necesidad de readecuar y conferirle coherencia a las normas sustanciales de derecho concursal, que permitan soluciones jurídicas y humanicen sus resultados.

## ***ANEXO BIBLIOGRAFICO***

ALEGRIA, Héctor, "Entrepreneurship y Aspectos Humanos No Patrimoniales en la Insolvencia", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009.-

ANAYA J. L., ALEGRIA H. (Directores), "Derecho Comercial. Doctrinas Esenciales. Concursos y Quiebras", Ed. La Ley, Bs. As., 2008, T. I a IV.-

ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS de la ley 24.522. Concursos y Quiebras, La Ley, Año II, n°7, septiembre de 1995 (contiene: Desarrollo Parlamentario, doctrina, información complementaria, legislación extranjera, presentación de proyectos, actualización de información).

ARGERI, Saúl A, N.: "Manual de Concursos", Ed. Astrea, Bs. As., 1983.-

ARGERI, Saúl A, N.: "Jurisprudencia de Leyes 19.551 y 21.488, anotadas y conc.", Ed. Zeus, Rosario, 1980.-

ARGERI, Saúl A., "Algunas reflexiones sobre la fecha del estado inicial de cesación de pagos", en LA LEY 1979-C, 1168.-

BARO, Alejandro G., "Derecho concursal moderno y contemporáneo", Editorial Idearium, Mendoza, 1981.-

BAVETTA, Giuseppe, "Il diritto dell' impresa in crisi", en Dir. Fall. Tomo I, 1988, p. 531.-

BEAVER, W. H. "Financial Ratios as Predictors of Failure", en "Empirical Research in Accounting Selected Studies", en el suplemento Journal of Accounting Research, v. 4, January, 1966, p. 71-111.-

BOLAFFIO, L.y MASE-DARI, E. "Del Fallimento", Tomo I, Turín, 1892-95.-

BONFANTI-GARRONE, "Concursos y Quiebras", 5ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1997.-

CALAMANDREI, "Il Fallimento", 2da Edición, Florencia, 1893/4.-

CAMARA, Héctor: "El Concurso Preventivo y la Quiebra. Comentario de la Ley 19.551", Ed. Depalma, Bs.As., 1978.-

CÁRREGA, Francisco José , "La cesación de pagos y la apertura del concurso preventivo del deudor", en La Ley Litoral 2002, 01/01/2002, 1113.-

CARRERAS LLASANA, Jorge: "La declaración de la quiebra", Cuadernos de Derecho Judicial. Derecho Concursal II, páginas 357-384. Editado por CGPJ, Madrid, 1996

CASADÍO MARTÍNEZ, Claudio Alfredo, "Rechazo 'in limine' de la petición de quiebra", en LA LEY 2009-B, 480.-

CASTILLO, Ramón S., "La Quiebra en el Derecho Argentino", Tomo I, Editorial TAEL, Buenos Aires, 1940.-

CHIAVASSA, Eduardo N. DI TULLIO, José A, "Subsistencia de la cesación de pagos en el concurso preventivo frente a la homologación del acuerdo. La posible revocación de la sentencia de apertura del concurso preventivo", Publicado en Editorial La Ley, Suplemento Concursos y Quiebras 2004 (noviembre), 02/11/2004, p. 11.-

CONIL PAZ, Alberto A.: "Cesura Concursal" (sobre la conclusión y conversión de la quiebra), en La ley del 6.12.95.-

D.Y.E. Universidad Austral. Autores varios."La reforma Concursal. Ley 24.522", Bs. As., 1995.-

DASSO, Ariel A.:" Cramdown. La transferencia forzosa de la empresa insolvente", en La Ley del 29/11/94.-

DASSO, Ariel A., "El Derecho Concursal hoy" en La Ley 2009-B, 921.-

DASSO, Ariel A., "La primera respuesta del derecho concursal a la crisis global; la reforma de la Insolvenzordnung", Ed. LA LEY, Suplemento Concursos y Quiebras 2009 (febrero), 01/02/2009, 1 - LA LEY2009-B.-

DASSO, Ariel A., "Tendencias del derecho concursal. En ocasión del nuevo modelo francés", Publicado en LA LEY2009-D, p. 1265.-

ETCHEVERRY R. A., JUNYENT BAS F. (Directores), "Summa Concursal", Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2012, T. I a V.-

EXPOSICION DE MOTIVOS del Proyecto de ley de Concursos, publicado en La Ley del 5/7/94.

DE MAGALHAES, MARIO: "Disolución y liquidación de Entidades Financieras", Ed. Depalma, Bs. As., 1991.

FAVIER DUBOIS, E. M. (pater) y FAVIER DUBOIS, E. M. (hijo), "La Tutela Legal De Los Fondos "Necesarios" Para El Ciclo Operativo De La Empresa ("Cash Flow Indisponible")", en Errepar DSE. nro.280, tomo XXII, marzo 2011.-

FERNÁNDEZ, Raymundo L. "Fundamentos de la Quiebra", Ed. Compañía Impresora Argentina, Bs. As., 1937.

FERNANDEZ, Raymundo, "La cesación de pagos en el Derecho argentino y universal", Ed. Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1939.-

FERNANDEZ del POZO, Luis, "El régimen jurídico preconcursal de los 'acuerdos de refinanciación' (d.ad.4ª LC). Propuesta de reforma legislativa", Cuadernos de Derecho Registral, Madrid, 2010.-

FERNANDEZ PIRLA, J.M., "Teoría Económica de la Contabilidad", Madrid, ICE, 1983.-

GARCIA MARTINEZ, "El Concordato y la Quiebra" Volumen I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962.-

GRISPO, Jorge D.: "Tratado sobre la Ley de Concursos", Ed. Ad-Hoc, 1999. Tomos 1-3.

GRISPO, Jorge D, "La prueba del estado de cesación de pagos y sus hechos reveladores frente a la declaración de quiebra", LA LEY2000-B, 1109.-

GUATRI, Luigi, "Crisi e risanamento delle imprese", Giuffré, Milano, 1986.-

HEREDIA, Pablo, "Tratado Exegético de Derecho Concursal", Ed. Abaco, Buenos Aires, 2000.-

IGLESIAS José A.: "Concursos y Quiebras. Ley 24.522, comentada", Ed. Depalma, Bs. As., 1995.-

IGLESIAS, José A. : "La filosofía de la ley de concursos y quiebras", en La ley del 30.11.95.-

IGLESIAS, José A.: "Concursos. Las reformas a la ley", Depalma, Bs. As., 1995.-

LAVIGNE ROBERTO HORACIO: CONTABILIDAD LEGAL: Revista Colegio de Abogados t. 27, p. 245 hasta 270, La Plata.-

MACIEL, Hugo D., "La cesación de pagos en la ley de quiebras 24.522", en LA LEY 1997-D, p. 1280

MAFFIA, Osvaldo J.: "Otra oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal", en La Ley del 15.08.95.-

MAFFIA, Osvaldo J.: "Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (II)", en La Ley del 11/9/95.

MAFFIA, Osvaldo J. : "Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (III), en La ley del 20.11.95.-

MAFFIA, Osvaldo J. : "Nueva oportunidad perdida: más de lo mismo en materia concursal (IV), en la ley del 15.12.95.-

MAFFIA, Osvaldo J., "Aspectos de la nueva ley de concursos (IV). El estado de insolvencia como presupuesto sustancial inamovible", en LA LEY, 1996-D, p. 996.-

MAFFIA, Osvaldo J., "Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial", Publicado en LA LEY1984-C, 775.-

MARTORELL, Ernesto E. (Director), "Ley de Concursos y Quiebras Comentada", Ed. La Ley, Bs. As., 2012, T. I a V.

MIGLIARDI, Francisco N., "Concursos y Procedimiento Concursal", 2da. Edición, De Palma, Buenos Aires, 1982.-

MOCCHERO, Eduardo M. : "Principios orientadores de la Ley 24.522", en La Ley del 05.02.96.-

NEGRE de ALONSO, Liliana Teresita: "La ley 24.285 y el estado actual de nuestra legislación sobre insolvencia", en La Ley del 31.01.95.-

OBARRIO, Manuel, "Estudio sobre Quiebras", Tomo I, Buenos Aires, Editorial Científica y Literatura Argentina, 1926.-

OLIVIERI, Carlos Alberto "Cuánto Vale una Empresa", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2005.-

ONTIVEROS, E., VALERO, F. "Crisis Económica y Crisis Empresarial", en "Crisis Económica y Derecho Concursal", Madrid: Consejo General de Colegios de Economistas de España, 1987.-

ORIONE, F., "Exposición y crítica de la ley de quiebras. La quiebra", Tomo I, Ed. El Ateneo, Buenos Aires, 1934.-

PAJARDI, Piero y otros, "Derecho Concursal", Tomo 1, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1991.-

PARODI, L., "Lezioni di Diritto Commerciale", Tomo I, Génova, 1854

PORCELLI, Luis A.: "Proyecto de nueva ley de Concursos. Reflexiones. Teoría y práctica", en La Ley del 11.07.94.-

PORCELLI Luis A.: "Proyecto de nueva ley de concursos. Reflexiones, teoría y práctica" (parte segunda), en La Ley del 10/8/94.

PORCELLI, Luis A.: "Nuevo régimen concursal. Conversión de Quiebra en Preventivo", en La Ley del 9/2/96.

PORCELLI, Luis A., "Régimen Falencial. Análisis Metodológico", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2010.-

PROVINCIALI, Renzo: "Tratado de Derecho de Quiebra V. 1 a 3", Ed. Nau-ta, Barcelona 1958/59.-

QUINTANA FERREIRA, Francisco: "Concursos. Ley 19.551 y modif.. Comentada, anotada y concordada", Ed. Astrea, Bs. As., 1985.

QUINTANA FERREYRA F., ALBERTI E. M.: "Concursos (Ley 19.551 y modificatorias)", Ed. Astrea, Bs. As., 1990.-

RIVERA, Julio César: "Instituciones de Derecho Concursal", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 1996-1997, tº 1 y 2.

RIVERA, Julio César; ROITMAN Horacio; VITOLO, Daniel Roque: "Concursos y Quiebras. ley 24.522. Análisis exegético de la ley. Concordancias con la ley derogada", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fé, 1995.-

RIVERA Julio Cesar: "Derecho Concursal", Segunda Edición, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014.

RIVERA, Julio César, "El derecho concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio", Revista De Derecho Comparado, Santa Fe: Rubinzal Culzoni, no. 15, p. 11.-

RODRIGUEZ, A.C., MOLINA, M.A. y GONZALEZ PEREZ, A.L., "La Insolvencia Empresarial: Un Análisis Empírico para la Pequeña y Mediana Empresa", Revista de Contabilidad, Vol. 6, Nº 12, Julio-Diciembre 2003, ASEPUC.-

ROJO, Ángel, "Crisis de la empresa y crisis de los procedimientos concursales", Publicado en Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones, Bs. As., 1981, p. 273.-

ROJO FERNANDEZ-RIO, Ángel, "El estado de crisis económica", en "La Reforma del Derecho de Quiebra", Civitas, Madrid, 1982, p. 157.-



ROUILLON, Adolfo A. N. : ""Régimen de los Concursos. Ley 19.551" 3ra ed., Ed. Astrea, Bs. As., 1992.-

ROUILLON, Adolfo A. N. : "Reformas al régimen de Concursos", Ed. Astrea, Bs. As., 1986.-

ROUILLON, Adolfo A. N.: "Régimen de Concursos y Quiebras. Ley 24.522. Estudio Comparativo con el articulado de la ley 19.551", Ed. Astrea, Bs. As., 1995.-

SATTA, Salvattore, "Instituciones del Derecho de Quiebra". Editorial EJEA, Buenos Aires, 1951.-

TEPLITZCHI, Eduardo A.: "La propuesta de acuerdo preventivo en el proyecto de reformas a la ley de concursos", en La Ley del 25.01.95.-

TEPLITZCHI, Eduardo A.: La extinción de las obligaciones en los proyectos de ley de concursos, en La Ley del 3.1.1995.

VAN NIEUWENHOVE, Pablo, "Insolvencia, Cesación de Pagos y Crisis de la Empresa. Soluciones Judiciales y Extrajudiciales", Revista de Derecho Comercial, 1983, p. 563.-

VITOLLO, Daniel Roque: "Iniciación en el estudio del nuevo régimen legal de concursos y quiebras. Ley 24.522", Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1995.-

YADAROLA, Mauricio, "El concepto técnico-científico de la cesación de pagos", en Revista Crítica de Jurisprudencia, Buenos Aires 1934, p. 436.-