

Algunas reflexiones en torno a la prueba del conocimiento por parte del tercero del estado de cesación de pagos del deudor como presupuesto de viabilidad de la acción revocatoria concursal

por Horacio A. Grillo

La inoponibilidad concursal está concebida en nuestro derecho como sistema. Puede hablarse, en consecuencia, con propiedad, de un “sistema de inoponibilidad concursal”.

Este enfoque de la institución resultaba válido tanto durante la vigencia de la ley 19.551 de 1972, como lo es actualmente con la ley 24.522 de 1995 que no alteró sustancialmente la estructura normativa del sistema.

Éste opera mediante la retroacción de los efectos de la quiebra para alcanzar a actos realizados por el deudor en un período anterior a la declaración, privándolos de efectos con relación a los acreedores en la medida en que les hayan causado perjuicio.

El fin del sistema y, a su vez, su fundamento, es evitar el perjuicio que a los acreedores considerados como conjunto, colectividad o “masa” puedan haber producido eventuales actos jurídicos realizados por el deudor fallido durante el período de sospecha, es decir, después de caer en estado de cesación de pagos y hasta la fecha del auto declarativo de la quiebra.

Es por ello que los requisitos para el funcionamiento u operatividad del sistema son: a) quiebra decretada; b) resolución firme de fijación de la fecha de inicio del estado de impotencia patrimonial, con lo cual se determinará el período de sospecha; c) subsistencia de la “masa”; d) realización por el deudor de alguno de los actos previstos por el art. 118 de la ley 24.522 o de los demás actos jurídicos, con conocimiento del tercero cocontratante del estado de cesación de pagos del deudor (art. 119) dentro del período de sospecha, y e) perjuicio a los acreedores derivado de tal acto. No se requiere la existencia de fraude.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 119 citado, constituye requisito de viabilidad de la acción revocatoria concursal la prueba por parte de la sindicatura de que el tercero que contrató con el *proximus decoctioni* conocía el estado de impotencia patrimonial en que éste se encontraba, es decir que poseía la *scientia decoctionis*.

Así lo había reconocido la jurisprudencia durante la vigencia de la ley 11.719 de 1933¹ y también durante la vigencia de la ley 19.551 de 1972².

Debe subrayarse muy especialmente que se ha considerado que el síndico debe probar que el tercero conocía el estado de impotencia patrimonial que aquejaba

¹ CNCom, Sala A, 10/5/65, ED, 11-594. En el mismo sentido, CNCom, Sala A, 22/9/67, ED, 25-801; id., Sala B, 13/8/51, LL, 64-130; CComCap, 22/11/44, LL, 37-8; C1ªCivCom y Minería San Juan, 29/12/82, ED, 103-473; C1ªCivCom Bahía Blanca, 9/9/68, ED, 27-357.

² CNCom, Sala C, 8/3/82, ED, 99-204.

al deudor y no sólo la existencia de algún incumplimiento³. También en Francia, donde la ley 85-98 requiere en su art. 108 la prueba de este conocimiento específico, la doctrina ha considerado que no basta probar que el cocontratante conocía que el deudor atravesaba una situación difícil. El tercero debía saber que el activo disponible del deudor era insuficiente para hacer frente a su pasivo exigible⁴.

Pero así como parece difícil poder demostrar tal extremo, en la práctica los tribunales sólo han exigido que la sindicatura aporte elementos que hagan presumir dicho conocimiento. Es que, como lo señala Maffía, existe una enorme dificultad en que un tercero, y a veces hasta el propio deudor, tengan conocimiento del estado de impotencia patrimonial⁵.

Es por ello que se ha planteado el problema acerca de si debe probarse el conocimiento efectivo del estado de cesación de pagos del deudor o si sólo basta demostrar que tal estado resultaba cognoscible para el tercero, mediando de su parte una normal diligencia.

Esta discusión dio lugar a dos teorías que podríamos llamar del “conocimiento efectivo” y de la “cognoscibilidad”.

Para Censoni la cuestión de la prueba de la *scientia decoctionis* es *uno dei temi più tormentati del diritto fallimentare*⁶.

Tanto en nuestro derecho como, especialmente, en el italiano, existen autores y magistrados adscriptos a una y otra tesis.

En Italia generalmente se requirió la prueba del conocimiento efectivo. Navarrini, Provinciali y Vasalli han sostenido que se debe probar éste y no la mera cognoscibilidad⁷.

En la República Argentina el criterio fue un poco más flexible y se le confirió relevancia a la demostración de que el estado de impotencia patrimonial podía ser conocido mediando una normal diligencia⁸.

Muy importante fue, en este sentido, el precedente de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial: “Establecimiento Metalúrgico Pecú SA c/Permanente SA Cía. Financiera”, en el cual se asimiló el conocimiento exigido por el art. 123 de la derogada ley 19.551 (similar al actual art. 119) a la ignorancia voluntaria e

³ Navarrini, Humberto, *La quiebra*, tr. y notas de Francisco Hernández Borondo, Madrid, Reus, 1943, p. 226 y 227. Recientemente, en nuestro país: CCivCom Rosario, Sala I, 11/10/94, JA, 1996-II-173.

⁴ Saint - Alary - Houin, Corinne, *Droit de entreprises en difficulté*, Paris, Montchrestien, 1995, p. 381.

⁵ Maffía, Osvaldo, *¿Cómo se prueba una imposibilidad?*, LL, 1995-D-569. También este autor ya había señalado antes la cuestión en *Derecho concursal*, Bs. As., Depalma, 1988, p. 630 y en *El juicio por ineficacia falencial*, LL, 1989-B-960.

⁶ Censoni, Paolo F., *La scientia decoctionis nella revocatoria fallimentare delle rimese in conto corrente*, “Giurisprudenza Italiana”, 1999, nº 11, p. 2116 y siguientes.

⁷ Navarrini, Humberto, *La quiebra*, p. 226 y 227; Provinciali, Renzo, *Tratado de derecho de quiebra*, tr. Andrés Lupó Canaleta y José Romero de Tejada, adiciones de derecho español por José A. Ramírez, Barcelona, AHR, 1958, vol. II, p. 252; Vasalli, Francesco, *Diritto fallimentare*, t. II.1, Torino, G. Giappichelli Editore, 1997, p. 61.

⁸ CNCom, Sala D, 20/12/96, en Pontoriero, María P., *Quiebra*, LL, 1997-C-984. CCivCom Rosario, Sala I, 11/10/94, ED, 165-410 con comentario de Grillo, Horacio A., *El conocimiento de la cesación de pagos y la acción revocatoria concursal*.

indebida (voto del doctor Alberti) o a la ignorancia por “propia y mayúscula torpeza” (voto del doctor Quartero), en tanto, en el caso, una entidad financiera había celebrado con la *proximus decoctioni* un mutuo hipotecario sin informarse previamente de su estado de situación patrimonial⁹.

El problema que abordamos específicamente en este trabajo consiste en esclarecer si se debe probar el conocimiento efectivo por parte del tercero del estado de cesación de pagos del deudor o si tal estado era conocible para quienes se comportasen diligentemente.

En su momento, Bergel, para un anteproyecto de ley de concursos mercantiles, proponía la siguiente norma: “Son igualmente ineficaces respecto a los acreedores los actos cumplidos por el deudor en el período de sospecha, cuando por el orden de las relaciones existentes el tercero debió conocer la intención de perjudicar a los acreedores o no la conoció por negligencia. La declaración de ineficacia deberá obtenerse por vía de acción, y el tercero podrá evitarla probando que pese a su diligencia desconoció el estado de cesación de pagos o la intención del concursado de favorecerlo a expensas de los acreedores”¹⁰.

El anteproyecto de ley española del 12 de diciembre de 1995 utiliza una fórmula parecida a la propuesta en la Argentina por Bergel¹¹.

Creemos que la cuestión resulta más bien abstracta, puesto que como la prueba de tal conocimiento puede darse por medio de presunciones graves, precisas y concordantes, esos indicios llevarán muchas veces a demostrar que el tercero tuvo conocimiento o debió tenerlo razonablemente, por lo cual, aunque efectivamente no lo tuviera, el extremo quedaría acreditado y la eventual negligencia operaría.

Sólo quedaría amparado el tercero si demostrase, a su vez, que no obstante la cognoscibilidad del estado él efectivamente no lo conoció, lo cual será sumamente difícil.

Resulta pues que, en la práctica, no aparece como relevante la controversia doctrinal que ha dado origen a ambas teorías, porque, por más vueltas que se de, siempre, lo único que podrá probarse es que el tercero estaba en condiciones de obtener esta *scientia decoctionis*.

Tal vez sea en Italia donde la doctrina ha debatido más la cuestión y donde la jurisprudencia se ha visto más vacilante, encerrada en un círculo vicioso.

Al comentar dos fallos del Tribunal de Milán de 1998, Censoni sostiene que tanto la doctrina como la jurisprudencia han oscilado entre la suficiencia de una abstracta cognoscibilidad de la situación patrimonial del fallido según parámetros objetivos percibibles por un sujeto de mediana diligencia, y la necesidad de la demostración del efectivo conocimiento de esa situación, en sentido subjetivo y psicológico. Afirma que la Corte de Casación ha concluido por privilegiar esta última tesis, pero agrega que es evidente que la prueba por parte del curador falimentario del conocimiento efectivo, como condición psicológica del demandado, podría ser

⁹ CNCom, Sala D, 28/4/88, ED, 132-306, con comentario favorable de Labanca, Jorge, *La ignorancia voluntaria e indebida como presupuesto de la revocatoria concursal*, ED, 132-829.

¹⁰ Bergel, Salvador D., *Período de sospecha y acción revocatoria concursal*, RDCO, 1971-571.

¹¹ Maffía, Osvaldo J., *Aspectos de la nueva ley de concursos (IV). El estado de insolvencia como presupuesto sustancial inamovible*, LL, 1996-D-996.

provista directamente sólo en presencia de confesiones (y, por consiguiente, en raros casos)¹².

Señala este autor, además, que la misma jurisprudencia de la casación ha atenuado después el concreto alcance de esta tesis mediante la afirmación según la cual, al no poner la ley algún límite a los medios de prueba expeditos para el curador, los elementos indicativos de la concreta cognoscibilidad de la situación de insolvencia bien podrían resultar indirectamente de simples indicios, sobre el plano de la lógica concatenación de los eventos sobre la base del criterio de la común prudencia o de la normal y ordinaria diligencia.

Concluye claramente, en este sentido, que si se admite la prueba de presunciones o indiciaria, más que de dos teorías contrapuestas debería hablarse de dos diversas construcciones teóricas que terminan por fundirse, ya que los mismos indicios pueden valer para demostrar tanto la cognoscibilidad como el conocimiento efectivo.

Hace poco tiempo cierta jurisprudencia de la Casación Civil italiana se expidió por el conocimiento efectivo¹³.

Por otra parte, se resolvió también que el curador debe probar el conocimiento efectivo y concreto del tercero del estado de cesación de pagos del deudor al tiempo del acto impugnado. Pero también se dijo que tal prueba puede ser dada sobre la base de presunciones graves, precisas y concordantes que lleven a creer que el tercero, aplicando una común diligencia, no habría podido ignorar el estado de impotencia patrimonial¹⁴.

Para Martella la insistencia de la casación italiana acerca de la aplicación del criterio del conocimiento efectivo, deriva de la necesidad del tribunal de aplicar rigurosamente el texto de la ley, la cual no ha sido modificada al respecto, pero destaca que gran parte de la doctrina como de la jurisprudencia recientes se inclinan expresa o implícitamente cada vez más hacia el principio de la cognoscibilidad, al aplicar como medio de prueba las presunciones. Dice expresamente: "*Per altra parte de la dottrina... lo schema logico-deduttivo proprio delle presunzioni parifica in sostanza, la conoscenza effettiva alla conoscibilità dello stato di insolvenza*"¹⁵.

Podemos, pues, concluir con Pajardi y Bocchiola en que en el sistema revocatorio en general y, en particular, en el falimentario, se presenta el triunfo del régimen probatorio indiciario, calificando como "meandro de la lógica formal", la espasmódica búsqueda de certezas absolutas¹⁶.

¹² Censoni, Paolo F., *La scientia decoctionis nella revocatoria fallimentare delle rimese in conto corrente*, "Giurisprudenza Italiana", 1999, nº 11, p. 2116 y siguientes.

¹³ Cassazione Civile, I Sezione, 13/9/97, "Fin Immobili s.p.a. - Fall. F. Ili Poggi & C. s.n.c.", "Giurisprudenza Italiana", 1998, nº 4, p. 724.

¹⁴ Tribunale di Reggio Emilia, 25/7/96, "Fall. to Soc. Officine Meccaniche Emiliane soc. a resp. lim. e già soc. per. az. c/Elettroimpianti soc. n. coll. di Artoni Agostino e c.", "Il diritto fallimentare e della società commerciali", 1996, nº 6, parte II, p. 1160 a 1164. En similar sentido existen varios fallos reseñados en la misma revista, 1998, nº 2, parte II, p. 447 y 448.

¹⁵ Martella, Rita, *L'elemento soggettivo nella revocatoria fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 43 y 45.

¹⁶ Pajardi, Piero - Bocchiola, Manuela, *La revocatoria fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 18.

Es que el prurito garantista de la casación italiana no puede sustentar una teoría general en este aspecto y, por eso, encontramos las dificultades constantes que a través de los años han reflejado la jurisprudencia y la doctrina para sostener una posición, con base en el texto positivo, que fatalmente aparecía fundida dentro de la teoría aparentemente contraria.

Ello enseña que, en este campo, sólo pueden esbozarse pautas generales, más aproximadas a la teoría de la cognoscibilidad que, posteriormente, deberán ser aplicadas en el caso concreto y con expresa atingencia a las circunstancias de la causa con sujeción, ahora sí, al principio garantista, entendido por tal aquél que propende a evitar una sentencia de condena respecto del cocontratante con el deudor en el período de sospecha que ignoró inculpablemente la existencia del estado de impotencia patrimonial en el que éste se encontraba.

© Editorial Astrea, 2001. Todos los derechos reservados.

