
LA PROHIBICIÓN DE COMPENSACIÓN DEL INCISO 2º DEL ART. 1612 DEL CÓDIGO DE COMERCIO*

ELÍAS MANTERO MAURI

Profesor Ayudante Grado 1 de Derecho Privado II y III, Universidad de la República.

SUMARIO

I. JUSTIFICACIÓN. II. GENERALIDADES. III. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA. V. ¿LA PROHIBICIÓN RIGE SÓLO PARA DESPUÉS DE LA QUIEBRA O TAMBIÉN PARA ANTES? VI. LA PROHIBICIÓN COMIENZA A REGIR DESDE EL MOMENTO DE LA CESACIÓN DE PAGOS. VII. CONCLUSIONES.

I. JUSTIFICACIÓN

La norma del inciso 2º del Código de Comercio (C. Co.) que nos proponemos estudiar en el presente no ha recibido análisis alguno en la doctrina nacional¹. Es por esta ausencia de tratamiento doctrinal -consecuencia quizás de su escasa conflictividad hasta el presente- que se explica, a mi juicio, la incertidumbre que actualmente ha planteado su aplicación en el ámbito judicial, lo cual justifica la realización de este trabajo.

Ciertamente, el tema excede el mero interés teórico, ya que ha cobrado gran actualidad debido a las múltiples acciones judiciales por las que se pretenden efectivizar compensaciones en virtud de los llamados “Eurobonos” del Banco de Montevideo².

II. GENERALIDADES

El art. 1612 del C.Co. regula lo concerniente a la compensación en el contexto de la quiebra, conteniendo dos incisos.

El primero de ellos, establece que *“la compensación tiene lugar en caso de quiebra, conforme las reglas generales establecidas en el Título XVI, Libro II: De los modos de extinguirse las obligaciones”*.

La compensación es un modo de extinguir obligaciones que tiene lugar cuando dos sujetos son acreedores y deudores recíprocos, situación en la cual las obligaciones quedan extinguidas hasta el importe de la menor (arts. 975 y 976 del C.Co.; arts. 1497 y 1498 del C.C.)³.

Se reconocen cuatro tipos de compensación: legal, facultativa, convencional y judicial⁴.

* El presente recoge en lo sustancial la disertación del autor en el evento científico sobre el instituto de la compensación, que se desarrollara los días 9 y 10 de junio del presente año en el Banco Central del Uruguay.

¹ Luego de terminado este trabajo, el Prof. Gerardo Caffera realizó comentarios respecto de la norma en las jornadas sobre compensación de referencia. De igual modo, el último número del Anuario de Derecho Civil Uruguayo (tomo XXXV) de reciente aparición, recoge un trabajo del Prof. Carlos de Cores, en donde también se hace alguna referencia al inc. 2º del 1612. En el curso del presente examinaremos los aportes de estos autores.

² La aplicabilidad de la norma a la situación de los Eurobonos es indiscutible, ya que el art. 14 de la Ley 17.613, que regula la liquidación de instituciones bancarias, establece la aplicación subsidiaria de la normativa referente a la liquidación de sociedades anónimas (Ley 2.230), la cual, a su vez, impone la aplicación - también en forma subsidiaria de las normas de la quiebra del C.Co. (art. 13).

³ Ver Jorge Peirano Facio, “Curso de Obligaciones – Extinción de las Obligaciones”, tomo VI, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1962, pág. 153 y sigtes.

⁴ Cfm. Jorge Peirano Facio, ob. cit., págs. 162 a 180.

Para que se verifique la compensación *legal* se requiere que ambas deudas sean de igual género (prestaciones de igual materia), líquidas (monto determinado) y exigibles (arts. 977 del C.Co. y 1499 y 1502 del C.C.)⁵.

En los restantes tipos de compensación el efecto es el mismo: la extinción de las obligaciones. Pero a diferencia de la compensación legal, que exige la presencia simultánea de los elementos enumerados y que opera de pleno derecho, en estos casos la compensación se produce aun en ausencia actual de dichos requisitos legales, los cuales son removidos de las siguientes formas: por la voluntad de una sola de las partes en la compensación *facultativa* (ej. renuncia al plazo estipulado a favor de quien abdica); por acuerdo de ambas partes en la compensación *convencional*; o en el ámbito de un juicio en la compensación *judicial*. Lo anterior implica, como se echa de ver, que estas compensaciones no operan en forma automática.

No será objeto de tratamiento en el presente el tema general de la compensación en la quiebra, el cual nos proponemos estudiar en otra oportunidad⁶.

Por su parte, el inciso 2° del artículo, que conforma el objeto de este estudio, dispone que: *"no podrán alegar compensación los cesionarios o endosatarios de títulos o papeles de crédito contra el fallido"*.

III. LA FINALIDAD DE LA PROHIBICIÓN

A) Nuestra opinión

A nuestro criterio, la norma prohibitiva en análisis se inscribe en el objetivo fundamental perseguido por el legislador de la quiebra de proteger el interés general de todos los acreedores del fallido contra la consecución de fraudes y maniobras ilegítimas que son moneda corriente -como ya lo destacaba Mezzera⁷- en situaciones en las que una empresa comienza con un proceso de dificultades económicas que termina con su quiebra. En este sentido, esta norma comparte la misma teleología que la acción revocatoria concursal (1602 a 1605 del C. Co.), pero a diferencia de ésta, en donde se trata de preservar a la masa general de acreedores respecto de actos perjudiciales concertados entre el fallido y un acreedor individual, la norma en análisis

⁵ Respecto al concepto de exigibilidad que brinda el art. 1502 del CC, debe aclararse que esta disposición no puede aplicarse en forma descontextualizada a lo que es la regulación legal de la compensación, en el entendido de que - como bien lo señala Planiol - *"para que el deudor demandado pueda oponer la compensación es necesario que tenga derecho a exigir actualmente su pago. La palabra 'exigibilidad' toma aquí un sentido diferente del que ordinariamente tiene, no basta que haya ausencia de término o condición, se requiere que el acreedor posea, plenamente, la facultad legal de exigir. Así, el deudor no puede oponer en compensación a su acreedor una obligación natural a cargo de éste y a favor suyo, porque no podría obligarlo a pagar esa obligación [...]"*. (Vé. Tratado Elemental de Derecho Civil. Las obligaciones. 12ª Ed. José. M. Cajica. Jr., 1945, págs. 365-366). Para mayor abundamiento, ver nota siguiente.

⁶ Sin embargo, nos permitimos adelantar algunos breves comentarios al respecto. La **exigibilidad** producida por el auto de quiebra de créditos aún no vencidos contra el fallido (1607 del C. Co.) no es hábil para operar la extinción por compensación de un crédito a favor de aquél, ya que la caída de los plazos producida por la quiebra tiene como única finalidad permitir a todos los acreedores del fallido participar en el proceso concursal para obtener un pago proporcional; pero no da derecho a accionar contra el fallido para el pago del crédito, único efecto jurídico éste que permite identificar a la **exigibilidad ordinaria** que requieren las "reglas generales" a que refiere el 1612 del C. Co. (art. 977 num. 3° del mismo Código) para posibilitar la compensación, tal como lo destacara hace ya mucho tiempo la doctrina francesa. Así, expresan **Planiol-Ripert-Esmein-Radouant-Gabolde**, que el concepto de exigibilidad de las obligaciones debe entenderse *"en el sentido amplio de que cada una de ellas debe ser de tal naturaleza que pueda ser objeto de un pago y, más aún, de un pago actual. Cualquier causa que impida reclamar el pago, excluye igualmente la compensación"*. Y refiriéndose concretamente al tema que nos ocupa establecen que *"la exigibilidad que resulta de la declaración de quiebra o de liquidación judicial no permiten la compensación, puesto que la misma resolución judicial implica el desposeimiento (dessaisissement) del quebrado, y por tanto imposibilita cualquier pago posterior a favor de alguno de los acreedores"* ("Tratado práctico de derecho civil francés", tomo séptimo - Las obligaciones, segunda parte, Ed. Cultural S.A., La Habana, 1945, pág. 620). Esta es también la opinión de la doctrina de sistemas jurídicos que, como el nuestro, son de cuño francés. Tal el caso de la doctrina argentina que resumiremos en la siguiente opinión de **Ricardo Williams**: *"Conforme el art. 116 de la ley 11.719 [hoy sustituida], las deudas no vencidas se hacen exigibles por la declaración de quiebra, pero ello no autoriza la compensación. Dos razones existen para que así sea: 1) El pago en dinero, por cesión o compensación, es absolutamente nulo, y 2) importa un simple decaimiento, y no la exigibilidad del vencimiento del término, a que se refiere la ley civil"* ("La compensación en la quiebra", en Rev. La ley, tomo 61, pág. 869). El TAC 2°, en sentencia 190 de 3 de agosto de 2005 (Sosa Aguirre -red.-, Sassón y Chediak), se pronunció en este mismo sentido, sosteniendo -con cita de Bolaffio, Rocco y Vivante- que *"la exigibilidad del crédito que resulta de la quiebra no produce el efecto del vencimiento ordinario y por esto no autoriza la compensación del dicho crédito, con la deuda frente al fallido"*. Adicionalmente, una vez declarada la quiebra, el objeto del crédito contra el fallido pasa de ser la prestación convenida a un derecho al dividendo. De ello se extraen dos consecuencias: a) El dividendo se encuentra necesariamente indeterminado en su cuantía, por lo que no se cumple con el requisito de la **liquidez** de la deuda que requiere el art. 977 num. 2° para que opere la compensación legal; b) Una vez determinado el dividendo, la compensación sí operará, pero no de acuerdo al crédito originario, sino hasta el monto de la determinación. El TAC 2°, en la sentencia mencionada, también coincide con este postulado, afirmando que el crédito del acreedor *"se convierte en un simple derecho al dividendo y es solamente el dividendo la deuda de la masa compensable con el crédito de la misma"*.

⁷ Curso de Derecho Comercial, tomo V "Quiebras", 4ª edición actualizada y ampliada por Siegbert Rippe, FCU, Montevideo, 1997, págs. 11-12.

pretende tutelar a la colectividad de acreedores de maniobras reprochables, realizadas por deudores del fallido sin la colaboración de éste ⁸. Así, se puede decir con el profesor argentino Edgardo Alberti que la prohibición establecida es la consecuencia lógica, sobre negociación entre terceros, de la prevención respecto de las convenciones para compensar que pudiera celebrar el insolvente durante el período de sospecha ⁹.

Esta tutela se traduce en última instancia, en asegurar la vigencia del principio de trato igualitario de todos los acreedores (*"par conditio creditorum"*), principio cardinal de los procesos concursales (arts. 1750, 1745 inc. 3° del C. Co. y 2372 del C.C.) cuya operatividad resulta amenazada por los actos que las normas de referencia pretenden evitar; lo cual ha sido destacado por los Tribunales de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno (Elena Martínez -red.-, Felipe Hounie, Sara Bossio -disc.- y Victoria Couto) y 4° Turno (Jorge Larrieux -red.-, Juan P. Tobía, Eduardo Turell y Cristina López Ubeda) en sus respectivas Sentencias N° 217 de 15 de setiembre de 2004 (Considerando I) y N° 177, de fecha 27 de julio de 2005 (Considerando VI).

Dicho lo anterior, expliquemos con un ejemplo cuál es el procedimiento compensatorio vedado por el legislador, a partir de lo cual se podrán ver claramente cuáles son las razones por las cuales se establece tal prohibición:

Ubiquémonos en la situación de una empresa en dificultades, que cesó en el pago de sus obligaciones y que luego de un proceso de creciente deterioro económico ve decretada su quiebra. En ese escenario -antes y después de la declaración de quiebra-, los créditos contra esa empresa, por tornarse presumiblemente incobrables, disminuyen enormemente su valor pudiendo llegar incluso a un valor nulo. Pues bien, un deudor de este fallido, supongamos por la suma de \$ 100.000, aprovechando esta coyuntura, contacta a un acreedor del comerciante en dificultades y le compra por un precio insignificante un crédito cuyo valor nominal también es \$ 100.000, alegando luego que, al reunirse en su persona las calidades de deudor y acreedor del comerciante en dificultades por iguales cantidades, se habría operado la extinción recíproca de los créditos por compensación. Es evidente que en este supuesto el deudor por \$ 100.000 del comerciante no compró el crédito contra éste (por un valor nominal igual a la suma por él debida) con la genuina e inocente finalidad de pretender cobrarlo, sino que lo adquirió a los solos efectos de provocar la extinción de su obligación a un costo irrisorio representado por el precio de la cesión. Como se podrá apreciar, el único perjudicado por esta maniobra es el colectivo de acreedores del comerciante quebrado, que verá excluido de la masa de activos -contra la cual cobrará su dividendo - un crédito importante; mientras que el beneficiado por la maniobra es el deudor del fallido que extinguió su deuda de \$ 100.000 pagando una suma insignificante.

Pues bien, esta maniobra dañosa es precisamente la que está prohibida por el inciso 2° del art. 1612 del C. Co. A nuestro criterio, se trata de una solución enteramente justa pues protege, entre los intereses en pugna en la situación involucrada, al más digno de tutela, quitándole amparo a aquéllos que, persiguiendo egoístamente un provecho personal desmedido, pretenden compensar sus deudas a un costo insignificante comprometiendo de esta forma las posibilidades de cobro de la masa de acreedores del fallido y perjudicando en la misma medida a la economía en general.

B) Opinión de la doctrina nacional

A excepción de los comentarios respecto de la norma que incidentalmente efectuó el Prof. Gerardo Caffera en su reciente disertación en el evento ya mencionado, y de algunas otras apostillas sobre la misma realizadas por el Prof. Carlos de Cores en el último ADCU, no existen trabajos doctrinarios nacionales que analicen la literalidad ni el espíritu del inciso 2° del art. 1612, por lo que esta cuestión no ha recibido tratamiento profundo en el Uruguay.

En línea con lo aquí sostenido, Caffera opina que el art. 1612 inc. 2° *"reprocha la especulación a la baja de los valores [...] se trata de un reproche de la masa de acreedores al sujeto que especula"*, planteando incluso que por la misma norma *"se tutelan no sólo a los acreedores sino al sistema de créditos (la especulación a la baja) y por tanto también es un límite remedio"*¹⁰.

⁸ Estos mecanismos represivos de actos fraudulentos o abusivos no sólo protegen el interés de la masa de acreedores del quebrado sino que, en una visión más general, persiguen la protección de la economía colectiva, por cuanto la quiebra tiene una dimensión económica que trasciende al caso puntual de la empresa mercantil en problemas para involucrar a la organización social dentro de la cual la empresa actúa (Cfm. Rodolfo Mezzera Álvarez, ob. cit. págs. 11-13; Camilo Martínez Blanco, "Manual teórico práctico de derecho concursal", UM, Montevideo, 2003, pág. 64).

⁹ Edgardo Marcelo Alberti, "Apuntes sobre la compensación en el concurso", en RDCO, 1980, pág. 333.

¹⁰ La opinión del Prof. Gerardo Caffera -además de ser escuchada por el suscrito en las Jornadas sobre Compensación del BCU- se extrae del resumen de dichas jornadas realizado por el Dr. Diego Puceiro que recoge la Revista Tribuna del Abogado (del Colegio de Abogados del Uruguay) en su Nro. 143, junio/julio de 2005, pág. 13.

Por su parte, De Cores entiende que *“la ratio legis para excluir la compensación a favor de titulares de papeles endosables es que el endoso no tiene normalmente fecha cierta, lo que enfoca la posibilidad de que el reclamante haya adquirido el crédito en la etapa inmediatamente anterior o luego de la quiebra a un precio vil”*, lo cual no ocurriría *“si por cualquier medio, la adquisición del créditos resulta de fecha anterior a la quiebra, y ello resulta comprobado por un documento con fecha cierta o comprobada”*¹¹.

C) Opinión de la doctrina argentina

La doctrina argentina más antigua que estudia textos idénticos al oriental (art. 86 de la ley N° 4.156 -ex artículo 1464 del C. Co. argentino- y art. 121 de la ley N° 11.719¹²) así como la más moderna, entiende -al igual que lo aquí sostenido-, que la finalidad de la norma es evitar el perjuicio a la masa derivado de extinciones de créditos a favor del fallido por la premeditada provocación de la compensación a través de la adquisición de créditos contra aquél.

Recojamos algunas de estas opiniones:

Carlos Malagarriga ha sostenido que la excepción del segundo inciso *“se basa en la presunción juris et de jure de que se trata de una colusión dolosa a efecto de eludir los efectos normales de la quiebra”*¹³.

En similar sentido, García Martínez explica la prohibición de marras en la *“presunción juris et de jure de inteligencia fraudulenta entre las partes que intervienen, en provisión de la quiebra, y para eludir los efectos normales de ésta”*.¹⁴

Ésta también es la opinión de F. Martín y Herrera, para quien la disposición contenida en la parte final del artículo argentino *“entraña una excepción a las reglas generales de compensación, según las cuales no se requiere que el crédito compensable sea personal, bastando que sea líquido y exigible. Nuestra ley de quiebras, tratando de prevenir una colusión entre las partes intervinientes, prohíbe la compensación y al efecto establece una presunción que no admite prueba en contrario: una u otra de las partes, o las dos, han realizado la operación al solo objeto de eludir los efectos normales de la quiebra”*¹⁵.

Por su parte, Ricardo Williams entiende que con la disposición del art. 121 de la ley 11.719 *“se pretende evitar los arreglos que favorezcan a unos acreedores en perjuicio de otros”*¹⁶.

Edgardo Alberti expresa que *“el sentido de la disposición era impedir la provocación de compensación transmitiendo esos papeles a deudores del fallido, quienes pagarían para adquirirlos sumas mayores que el dividendo esperable por el portador, de verificarlos en la quiebra”*.¹⁷

Más recientemente, Julio César Rivera, analizando el régimen vigente sobre quiebras en su país (Ley de Concursos y Quiebras, N° 24.522 del año 1995), señala que *“como enseña Alberti la compensación ha de haberse producido espontáneamente, por lo que ella no tendrá efecto si quien es deudor del fallido adquiere la calidad de acreedor de éste por vía de una cesión de créditos o mediante el endoso de un título de crédito. Es que de este modo se intenta burlar el efecto general de la quiebra. Por lo que, si bien el negocio de cesión o endoso es en principio legítimo, si aparece hecho en fraude a la ley sus efectos deben ser desconocidos”*¹⁸.

¹¹ Carlos De Cores, “Primicias sobre compensación”, ADCU, tomo XXXV, pág. 660. La opinión de De Cores será analizada particularizadamente más adelante.

¹² Ambas normas tenían el mismo texto: *“Sin embargo no podrán alegar compensaciones los cesionarios o endosatarios de títulos o papeles de crédito contra el fallido”*. Con posterioridad a estas normas se sancionaron en Argentina otras leyes sobre quiebra que no reprodujeron esta disposición, estableciendo simplemente que *“La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de quiebra”* (art. 134 de la ley 19.551 y art. 130 de la actual ley 24.522).

¹³ Derecho Comercial Argentino. Código de Comercio comentado según la doctrina y jurisprudencia, tomo IX, artículos 1379 a 1548, De las Quiebras -Ley n° 4.156, de diciembre 30 de 1902, J. Lajouane & Cía. Editores, Buenos Aires, 1922, págs. 291 y 351.

¹⁴ García Martínez, “El concordato y la quiebra”, tomo II, núm. 613, citado por Ricardo Williams, “La compensación en la quiebra”, en Rev. La Ley, tomo 61, pág. 875.

¹⁵ F. Martín y Herrera, citado por Eduardo Jiménez de Aréchaga, “La compensación en las moratorias, en el concordato y en la quiebra” en Revista de derecho público y privado, año I - número 1, 1938, pág. 332.

¹⁶ Ricardo Williams, “La compensación en la quiebra” cit., pág. 875

¹⁷ Edgardo Alberti, ob. cit., pág. 333.

¹⁸ Julio César Rivera, “Instituciones de Derecho Concursal”, segunda edición actualizada, tomo II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2003, pág. 168. Es bueno reiterar que esta ley 24.522 (art. 130: *“Compensación. La compensación sólo se produce cuando se ha operado antes de la declaración de la quiebra”*) no contiene una prohibición expresa en este sentido, pues, como vimos, en la misma no se reproduce el texto de las anteriores leyes sobre quiebra 4.156 (art. 86) y 11.719 (art. 121) que sí la establecían (con texto idéntico al inc. 2° de nuestro 1612), lo cual demuestra que Rivera deduce tal prohibición de los principios generales del sistema -en el caso, como el mismo dice, el de evitar el fraude a la ley en perjuicio de la masa- y aclara sobre la evidencia de esta consecuencia jurídica. Esta no inclusión expresa de la prohibición bajo análisis ya se arrastraba desde la inmediata ley anterior sobre quiebras; nos referimos a la ley 19.551 cuyo art. 134 tenía una redacción idéntica al actual art. 130 de la ley 24.522. La regulación de la ley 19.551 tampoco fue óbice para que el profesor Edgardo Alberti entendiera vigente la interdicción que nos ocupa, sosteniendo que *“La suficiencia de los principios sistemáticos de la materia explica la brevedad del actual texto* (ob. cit. págs. 333, 338 y 339).

D) Opinión de la Jurisprudencia nacional

Es del caso mencionar, que el TAC 4º en su Sentencia N° 177 ya mencionada se pronunció en el mismo sentido que este trabajo, convocando para ello las opiniones de Malagarriga y Alberti precedentemente recogidas. Igual posición adoptó el TAC 2º en Sentencia N° 190 de 3 de agosto de 2005 (Tabaré Sosa Aguirre -red.-, Mariela Sassón y Jorge Chediak).

De igual modo, nuestra Suprema Corte de Justicia (Daniel Gutiérrez, Roberto J. Parga, Leslie Van Rompaey -red.-, Hipólito Rodríguez Caorsi y Pablo Troise) resolviendo el recurso de casación con que fue impugnada la Sentencia del TAC 6º referida en el presente, entendió que *“asiste razón a la demandada y al Tribunal cuando señalan que la ‘ratio legis’ del art. 1612 C. Comercio radica en impedir que en forma oblicua o indirecta, adquiriendo a un bajo precio créditos contra el fallido, sus deudores puedan extinguir por el valor nominal, una deuda contraída en el pasado por un monto mucho mayor, rompiendo de tal forma la igualdad entre acreedores”*. (Sentencia N° 150, de fecha 20 de julio de 2005).

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DE LA NORMA

Según la norma estudiada, la compensación prohibida es aquella que puedan alegar *“cesionarios o endosatarios de títulos o papeles de crédito contra el fallido”*.

¿Acaso puede entenderse que estos giros lingüísticos hacen referencia únicamente a las cesiones o endosos de títulos valores y que, en consecuencia, la prohibición sólo rige para estos casos? Entendemos que no, por razones que se elucidarán a través de algunas definiciones terminológicas.

Nos parece que la palabra “títulos” contenida en la norma se emplea para aludir a créditos cualesquiera sean, sólo que se identifica a los mismos a través de lo que es su expresión documental¹⁹, es decir, se utiliza la palabra “títulos” como sinónimo de “créditos”, tal como acontece en otros artículos del C. Co.: 1680 inc. 1º (incluso en su inc. 3º se habla de *“acreedores por escritura pública”*, lo cual es revelador de lo que viene de referirse); 1755 (esta norma alude a *“títulos garantidos”* para significar claramente créditos garantidos); y 1664 inc. 3º (*“créditos o títulos”*).

En consecuencia, no cabe identificar el vocablo “títulos” con “títulos valores”, máxime cuando a continuación la norma menciona a los “papeles de crédito”, referencia -esta sí- indiscutiblemente asociada a aquéllos en el C. Co. (arts. 7 num. 3º, 956 num. 3º, 1719 y 1729) En este caso, estimamos que la conjunción “o” se usa en su función disyuntiva, es decir, diferenciando sustantivos y no explicando sinónimos.

No obstante, cabe reconocer que existen algunas otras disposiciones del C.Co. en las que se asocian los conceptos de “título comercial” y “título valor”, tal el caso del art. 1735 inc. 2º.

Pero, aun si entendiéramos que en la concepción legal “títulos” y “papeles de crédito” son un único e idéntico concepto, es decir, el de título valor, la conclusión que sostenemos (prohibición de compensaciones originadas en adquisiciones de créditos de cualquier tipo en un contexto falencial) no se vería modificada. Y ello por cuanto, el artículo 1612 inc. 2º es una *norma material*, que prohíbe una determinada conducta atendiendo a los resultados de la misma y no a las formas o caminos que se adopten para efectivizarlos.

Es pertinente en este momento traer a colación las reflexiones del Prof. Blengio sobre normas materiales, a fin de aclarar este razonamiento.

Normas materiales, para Blengio, *“son aquellas que, en lugar de limitarse a vedar o permitir el uso de una determinada forma jurídica, hacen del resultado económico el contenido de la norma. Son disposiciones que están encaminadas a reglar un determinado fin práctico, cualquiera sea la forma de obtenerlo y aunque el texto de ellas prevea alguna en particular (que de regla será la que con más frecuencia lo determine) (...) [Puede ocurrir que la ley aun contemplando en su texto la prohibición de una determinada especie negocial típicamente idónea para alcanzar determinados intereses, persiga impedir la realización de éstos cualquiera sea el medio que se pretenda emplear. Si, en esta hipótesis, los particulares, utilizando un medio distinto del regulado, consiguieran por otra vía el resultado que la norma veda, estaríamos frente a un negocio ilícito en fraude a la ley”*.

¹⁹ En este sentido, el “Vocabulario Jurídico” de Eduardo J. Couture, (3ª edición, actualizada por Ángel Landoni Sosa, Julio César Faira Editor, Montevideo, 2003, págs. 700-701) da una definición del término “título” que coincide con el alcance asignado en el presente: *“Documento o conjunto de documentos que constituyen la justificación de un derecho”*.

Y más adelante expresa el referido profesor, que *“no es razonable pensar que el legislador cuando establece una prohibición para evitar que resulten lesionados ciertos intereses o principios cuya intangibilidad busca preservar, sólo entienda referirse a aquellos actos que la violan directamente. En otras palabras, si estamos en presencia de una norma material, aunque la misma sólo prevea una vía concreta de llegar al resultado que se quiere prohibir, deberán entenderse comprendidos todos los caminos que lo produzcan, pues la oblicuidad de los medios empleados, no puede ser una patente de corso que legitime el obrar de quienes los utilizan”*^{20 21}.

En el caso del inc. 2° del art. 1612, el interés evidente del legislador, como ya se ha visto, es impedir el perjuicio a la masa de acreedores por parte de un especulador adquirente de créditos contra el fallido; entendemos que resulta ilógico pensar que dicho legislador haya querido prohibir ese resultado solamente si se realiza a través de la cesión o endoso de un título valor, y no cuando se efectivice a través de otro “camino”, esto es, con la cesión de cualquier otro crédito. Esta interpretación resulta incompatible con la finalidad de la norma, su historia y su ubicación en el cuerpo normativo, elementos todos de los cuales se desprende que la intención legislativa fue prohibir el resultado²².

El TAC de 6° Turno en su sentencia ya citada, coincide con la interpretación formulada en el presente, afirmando que *“la intelección de tal norma [art. 1612 inc. 2°] permite sostener que comprende tantos los créditos trasmisibles mediante endoso como los que requieren de una cesión de créditos y que su sentido o ‘ratio legis’ es abarcar las transferencias de créditos en general”*.

V. ¿LA PROHIBICIÓN SÓLO RIGE PARA DESPUÉS DE LA QUIEBRA O TAMBIÉN PARA ANTES?

A) Planteo

Un tema particular que está siendo objeto de debate hoy ante los estrados judiciales es, si esta prohibición de la norma bajo análisis rige únicamente para las compensaciones originadas en cesiones de créditos o endosos de papeles realizados después de declarada la quiebra del comerciante, o si comprende también aquella situación en la que el crédito para compensar se adquiere antes de tal declaración.

Adelantamos nuestra opinión en el sentido de que una correcta interpretación de la disposición que conjugue armónicamente su tenor literal y su espíritu lleva a concluir que la prohibición rige para ambas situaciones, siempre que se presente en éstas el fundamento de la interdicción y con los límites que se expondrán en el siguiente apartado.

En este sentido, el TAC 6° ha sostenido con agudeza en su Sentencia que *“la intelección [del inc. 2° del art. 1612 C. Co.] permite sostener que comprende tanto los créditos trasmisibles mediante endoso como los que requieren de una cesión de crédito y que su sentido o ‘ratio legis’ es abarcar las transferencias de créditos en general, restringiendo las obligaciones compensables en la quiebra a las que desde su origen fueran personales entre el fallido y el titular actual del crédito contra éste”*.

Sin embargo, en una reciente Sentencia del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1er. Turno (a cargo de la Dra. Teresita Rodríguez Mascardi) se ha realizado una interpretación contraria, con fundamento en que la norma referida tiene por *“objeto evitar que se especule con la compra de dichos títulos luego de*

²⁰ Juan Blengio, “El negocio en fraude a la ley”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, tomo XV, págs. 47 y 50.

²¹ En similar sentido expresa el maestro Jorge Gamarra, que las “normas materiales” son aquellas *“disposiciones que están destinadas a disciplinar un determinado fin práctico, sin tomar en cuenta [...] la vía elegida por la partes para su obtención”*. *“Las normas materiales se aplican en consideración a la importancia particular del interés tutelado, normalmente por razones de orden público, incluso cuando se trata de un simple motivo, porque tienden a contemplar un determinado efecto económico en sí mismo, prescindiendo del procedimiento jurídico elegido para obtenerlo”*. Y refiriéndose a un caso puntual de normas materiales (referidas a la donación) pero en razonamientos de alcance general, entiende Gamarra que *“las mismas razones que imponen la prohibición en un caso, rigen para el otro. No se trata aquí de que la ley establezca una prohibición atendiendo a una forma determinada (el contrato de donación) siendo indiferente a todos los demás casos en que el efecto se produzca con prescindencia de dicha forma”* (Tratado de Derecho Civil Uruguayo, tomo XIII, 3ª edición, FCU, Montevideo, 1992, pág. 202 y tomo VI, 3ª edición actualizada, FCU, Montevideo, 2004, pág. 222)

²² El prestigioso profesor argentino Raymundo Fernández, ante una disposición idéntica a la de nuestro art. 1612 inc. 2° (art. 121 inc. 2° de la ley 11.719 con igual texto que el art. 86 de la anterior ley 4.156, ambas normas hoy sustituidas), ni siquiera se plantea la cuestión y en sentido coincidente con lo aquí expuesto, afirma genéricamente que la prohibición alcanza a cualquier *“compra [de] un crédito”* contra el fallido (*“Fundamentos de la Quiebra”*, Buenos Aires, 1936, pág. 1050). Por su parte, el también profesor argentino Julio César Rivera, comentando la actual ley de quiebras de su país N° 24.522 (que no reitera la disposición referida de las anteriores leyes argentinas citadas), no duda en afirmar que la prohibición se extiende a cualquier adquisición de créditos contra el fallido, *“por vía de una cesión de créditos o mediante el endoso de un título de crédito”* (ob. cit., pág. 168).

declarada la quiebra pero ello no significa por el contrario que si el título fue adquirido con anterioridad a la quiebra o liquidación de la entidad financiera, dicho tenedor no puede (sic) invocar la compensación durante el proceso falimentario, que no es el caso de autos en que el actor adquirió dichos Eurobonos antes de la liquidación del Banco demandado" (Sentencia Nro. 52, de 8 de noviembre de 2004). El referido Juzgado ha reiterado esta solución en otras tantas sentencias, lo cual ha sido compartido en líneas generales por el similar de Concursos de 2º Turno, a cargo de la Dra. Cristina Crespo (ver, entre otras, Sentencia s/n de fecha 9 de agosto de 2005).

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia, en Sentencia ya referida en el presente, resolvió definitivamente la cuestión, haciendo aplicable la norma en comentario a situaciones verificadas con anterioridad a la quiebra, aunque no directamente, sino recurriendo a la analogía. Sostuvo la Corporación que si bien *"el art. 1.612 C. Comercio no resulta directamente aplicable al subexámine (en la medida que en el momento que adquirió los eurobonos el Banco Montevideo no estaba en moratoria ni en liquidación y por ende no podía ser considerado como 'fallido'), de todas formas, la situación de autos resulta semejante a la contemplada por el supuesto de hecho previsto por el art. 1.612 del C. Comercio, pues en ambos casos el deudor se ve impedido de pagar, y consecuentemente los acreedores ser ven impedidos de cobrar; por ende la misma razón que determina la solución impuesta por el art. 1.612 C. Comercio, consiste en impedir la compensación mientras dure la imposibilidad (moratoria, quiebra) también rige en autos (suspensión de actividades), justificando de tal forma la aplicación al subexámine de la misma consecuencia normativa atribuida al caso previsto por el art. 1.612 C. Com."*

B) Nuestra opinión: La prohibición rige para antes y después de la declaración de quiebra. Crítica a la sentencia del Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1er Turno.

Pese a que no se explicita claramente, entendemos que el principal argumento de esta Sentencia parte de suponer que, como la norma en análisis alude a los casos de cesiones o endosos *"contra el fallido"*, la prohibición sólo alcanzaría a aquellas compensaciones que tuvieran su origen en transmisiones de créditos realizadas luego de la declaración de quiebra.

Para demostrar que este razonamiento es equivocado comenzaremos por descomponerlo en las premisas en que entendemos se asienta:

a) El objeto de la prohibición legal lo constituye una situación en la que existe una cesión de crédito o endoso contra un sujeto al que se denomina "fallido";

b) La ley sólo denomina fallido a quien se encuentra en estado de falencia;

c) Sólo se está en estado de falencia cuando media una declaración de quiebra;

De lo cual se inferiría que:

d) El objeto de la prohibición de la norma, al hablar de "fallido", sólo puede estar referido a una situación de cesión de crédito o endoso realizada luego de la declaración de quiebra.

Entendemos que la conclusión de este razonamiento (letra d) es equivocada, por no ser verdadera la premisa que identificamos con la letra b. No es cierto que la ley sólo y únicamente denomine fallido a quien se encuentra en estado de quiebra, pues existen supuestos normativos que regulan situaciones en las que el comerciante todavía no fue declarado en quiebra y sin embargo la ley igualmente llama a éste "quebrado" o "fallido".

Un ejemplo de éstos lo encontramos en el inciso 1º del art. 1604 del C. Co., que hace susceptibles de ser alcanzados por la acción revocatoria concursal a *"todos los contratos, obligaciones y operaciones mercantiles del quebrado que hayan sido celebrados dentro de los diez días precedentes a la declaración de quiebra"*. En efecto, nótese cómo este artículo está regulando una situación que comprende a un comerciante que aún no fue declarado en quiebra (*"diez días precedentes a la declaración de quiebra"*) y, sin embargo, lo denomina "quebrado".

Similar situación encontramos en el art. 1605, también en sede de acción revocatoria concursal, en donde se establece que *"las cantidades que el quebrado haya pagado en dinero (...), en los quince días precedentes a la declaración de quiebra por obligaciones directas cuyo vencimiento fuese posterior a la fecha de esa declaración será devueltas a la masa por los que las percibieron"*. Otra vez la ley reputa quebrado a un comerciante que, al momento de la situación contemplada por el artículo, no tenía tal calidad por no estar la quiebra declarada aún.

También en el art. 1650 del C. Co. acontece una situación análoga, pero esta vez la ley utiliza el término “fallido”²³.

Lo anterior, como ya adelantamos, torna inválida la premisa b) del razonamiento precedente, pues la ley, reglamentando determinadas realidades que se ubican temporalmente antes de la declaración de quiebra, identifica al sujeto implicado en las mismas (el comerciante) como quebrado, cuando al momento de la situación regulada ese sujeto no poseía tal calidad por no existir sentencia declarativa.

Para que la premisa analizada mantuviera validez, la ley en todos estos casos, debería haber hablado de “comerciante” y no de “quebrado” o “fallido”, lo cual, como vimos, no sucede.

Estimamos que la utilización por la ley de los términos “quebrado” o “fallido” para regular indiferenciadamente distintas situaciones (unas en las que el comerciante reviste efectivamente tal calidad por haber sido declarada la quiebra, y otras en las que no, por no existir aún tal declaración) responde a la obvia circunstancia de que la ley siempre se coloca temporalmente en un contexto de quiebra declarada. En otras palabras, la ley no utiliza una terminología diferente para referirse al fallido cuando éste aún no lo era, sino que, colocándose en el estado actual de falencia declarada, se refiere a situaciones anteriores a la misma sin modificar la designación del comerciante que en tales situaciones aún no era fallido.

Por ello, entendemos que no cabe extraer de este temperamento legal ningún argumento definitorio para sostener que la prohibición de compensación del inc. 2º del 1612, que habla de “fallido”, sólo rige para los casos de cesiones de créditos o endosos ocurridos luego de la quiebra. Y, en tanto la interpretación textual no arroja claridad respecto al alcance de la norma, se debe ocurrir a la consulta de su espíritu (art. 17 del Código Civil) para desentrañarlo.

Sí, como ya vimos (*supra* 3), la finalidad de la disposición legal es evitar el dolo representado por la adquisición de un crédito contra el fallido a un precio vil para compensar una deuda propia mucho mayor, todo ello en detrimento del conjunto de acreedores, esta situación se verifica tanto cuando existe una quiebra declarada como cuando, todavía sin existir quiebra, la publicidad de la insolvencia de un comerciante ambienta la posibilidad de adquirir créditos contra el mismo a precios exigüos.

Es decir, la *ratio legis* de la norma comprende a ambas situaciones, lo cual nos conduce a entender que la previsión se aplica a un espectro temporal extendido antes y después de la declaración de quiebra. Esta interpretación, que sí es definitoria, debe en esta instancia, complementarse con anteriores conclusiones en el sentido de que el uso del término “fallido” no puede considerarse relevante a los efectos de delimitar el período temporal de aplicación de la norma²⁴.

En definitiva, una interpretación sistemática y teleológica de la disposición comentada, lleva a sostener la tesis opuesta a la manejada por la sentencia del Juzgado de Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1er. Turno y, por el contrario, a coincidir en este aspecto, con la sentencia mencionada del TAC de 6º Turno.

Otra derivación trascendente del tema que corresponde analizar en esta oportunidad y que complementa la línea argumental que hemos seguido, es que según el artículo 1595 del C. Co. la quiebra “*se retrotrae a la fecha en que, según el artículo 1643, tuvo lugar la efectiva cesación de pagos, en todos los casos determinados en este Código*”, fecha que puede ubicarse según este último artículo hasta un año antes de la declaración de quiebra. Si entendemos, como creo que corresponde, que la prohibición de la norma es un “caso” regulado por el Código, una compensación originada en la adquisición de un crédito contra el quebrado en un momento posterior a la fecha de cesación de pagos declarada judicialmente, resultaría indubitablemente prohibida, pues en tal momento y por virtud de la retroactividad del estado de quiebra, existiría un “fallido” declarado tal. Es decir, ni siquiera llegaría a plantearse la cuestión referida en el presente acerca del alcance de la disposición, porque aun en la interpretación realizada por el Juzgado Letrado de 1ª Instancia de Concursos de 1er. Turno, estaríamos ante una cesión o endoso realizados contra un comerciante ya declarado en estado de quiebra.

²³ Véase adicionalmente, que este empleo lato de los términos referidos no puede atribuirse tampoco a la retroactividad de la quiebra, por cuanto los períodos de diez y quince días a que refieren los artículos 1604 y 1605 citados -que se cuentan desde la quiebra hacia atrás- no necesariamente coincidirán con el estado de cesación de pagos a cuyo comienzo se retrotrae la falencia (1595 del C. Co.). Sin embargo, como veremos seguidamente, tal retroactividad del estado de quiebra constituye un argumento adicional para sostener que la prohibición de compensación rige también para el caso de cesiones ocurridas antes de la sentencia declarativa.

²⁴ Con mucha más razón debe sostenerse esta tesis en lo que hace al caso de las compensaciones con Eurobonos del Banco de Montevideo antes referido, ya que la Ley No. 17.613, que regula la liquidación de bancos, eleva a los derechos de los depositantes de las entidades liquidadas al rango de bien jurídico expresamente protegido, expresando incluso que tal tutela se fundamenta en razones de interés general (ver entre otros los arts. 22 y 27). En tanto la compensación que prohíbe el inc. 2º del art. 1612 perjudica a dichos depositantes en su calidad de acreedores de la quiebra, los mismos que la ley 17.613 se encarga de anunciar que desea proteger, va de suyo que dicha compensación no puede nunca prosperar a su respecto.

Como se aprecia, en la interpretación que hemos realizado, ya no es menester recurrir a la analogía para aplicar por esa vía indirecta la prohibición del 1612 a situaciones verificadas antes de la quiebra (posición de nuestra Suprema Corte de Justicia), sino que, de acuerdo a lo expuesto, tales situaciones quedarían comprendidas directamente en el supuesto prohibitivo de la norma.

Por lo demás, la aplicación por analogía de la norma en estudio podría merecer algún reparo técnico si se considera que *“la analogía no es aplicable a las normas restrictivas de derechos, prohibitivas o sancionadoras, ni a las que establecen incompatibilidades y penas administrativas”*²⁵.

C) Análisis de opiniones doctrinarias sobre la cuestión

Precedentemente (*supra* 3), analizamos la opinión de algunos doctrinarios respecto a lo que era la finalidad o espíritu de la norma prohibitiva. Sin embargo, no todos los autores citados son claros en cuanto al punto concreto de si la prohibición rige para antes y después de la quiebra o si sólo se aplica en esta última hipótesis.

Es por ello que, consideraremos a continuación, la opinión de quienes sí se pronuncian al respecto, recordando siempre la utilidad adicional representada por la consulta de autores extranjeros que comentan textos positivos idénticos al nacional.

Así, Raymundo Fernández entiende que la compensación no procede cuando *“un deudor del fallido compra, durante el período de sospecha, un crédito contra éste, para provocar la compensación legal”*, citando en su apoyo a Massé²⁶, Lyon Caen y Renault, así como a Percerou para quien *“en el caso en que un deudor del fallido adquiere, antes de la sentencia declarativa pero después de la cesación de pagos, un crédito vencido perteneciente a un tercero contra el fallido, no puede útilmente invocarse la compensación”*, pues dicho acto estaría sospechado de fraude o al menos mirado con disfavor^{27 28}.

Por su parte, el profesor Edgardo Alberti sostuvo que durante el período de sospecha la única compensación viable es la de *“producción espontánea”*, aclarando a mayor abundamiento que *“(e)s preciso que las circunstancias determinantes de la compensación no sean el resultado de un acto fraudulento de cualquiera de ambos interesados, sino que tal coincidencia ha de provenir espontáneamente del desarrollo negocial, sin alteración de éste para provocar la configuración del medio extintivo”*²⁹.

A la luz de estas afirmaciones cabe concluir que para el autor, una compensación provocada por la adquisición de un crédito contra el fallido antes de la declaración de quiebra pero luego del período de sospecha estaría irremediablemente prohibida, pues no se habría producido espontáneamente³⁰.

En cuanto a la opinión de Rivera, el autor no formula distinciones en relación al ámbito temporal de la prohibición; pero, si como él mismo dice, la única compensación que procede es la que se produce *“espontáneamente”*, prohibiéndose aquella originada en cesiones o endosos, dicho supuesto prohibitivo se verifica

²⁵ Cfm. José Sánchez Fontáns, “Interpretación extensiva y analogía”, en Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, tomo 60, setiembre/1963, pág. 213.

²⁶ La referencia a Massé es trascendente pues su opinión es fuente de nuestro artículo 1612, lo cual aclara el alcance de la norma. Ver al respecto Amancio Alcorta, “Fuentes y concordancias del Código de Comercio”, Félix Lajouane Editor, Buenos Aires, 1887, pág. 498.

²⁷ Raymundo Fernández, “Fundamentos de la Quiebra”, Buenos Aires, 1936, pág. 1050 y su nota 296. Recordemos que esta opinión se emite bajo la vigencia del artículo 121 de la ley 11.719 cuyo texto coincide con nuestro art. 1612 inciso 2º.

²⁸ En la jornada científica sobre la compensación que diera mérito al presente, el Prof. Eugenio Xavier de Mello afirmó que la opinión de los autores franceses se fundamenta en que éstos aceptan el concepto de “quiebra virtual” (esto es, que el simple estado de hecho de la cesación de pagos produce, aun antes de la declaración de quiebra por el juez, los efectos de tal declaración). La afirmación del referido profesor no resulta acertada, pues la doctrina francesa rechaza casi unánimemente el concepto de quiebra virtual, que es de creación pretoriana. Y, particularmente, tal opinión es equivocada respecto a los autores citados en el evento (Massé, Lyon-Caen y Renault y Percerou), pues todos ellos critican duramente la teoría de la quiebra virtual. Así, Massé sostiene que *“no hay quiebra sin sentencia declarativa”*; por su parte Lyon-Caen y Renault afirma que *“este sistema (de la quiebra virtual) es inadmisibile; está en desacuerdo con el espíritu de la ley en materia de quiebras y con los textos. Todos los efectos de la quiebra suponen una sentencia declarativa dictada por un tribunal de comercio declarando la cesación de pagos”*; finalmente, sostiene Percerou que *“en resumen, esa teoría se nos aparece como contraria a los textos sanamente interpretados, incierta e ilógica en su criterio de aplicación, chocante por las contradicciones de sentencias a que conduce, peligrosa en fin en sus consecuencias prácticas, porque substituyendo la liquidación colectiva que deriva de la sentencia declarativa por un sistema de liquidación individual, hace correr los más graves riesgos a los acreedores lejanos y puede así comprometer la seguridad de las relaciones comerciales. Son éstas bastantes razones para descartar la tesis jurisprudencial de las quiebras de hecho”*. La posición de la doctrina francesa en general y las opiniones particulares recogidas se pueden consultar en Raymundo Fernández, ob. cit págs. 833 y 840-841 y sus respectivas notas 32 y 33.

²⁹ Edgardo Alberti, ob. cit., págs. 338-339.

³⁰ Es de hacer notar que al momento que escribió Alberti estaba vigente en Argentina la ley 19.551, que como vimos, no contenía una previsión expresa al respecto (ver notas 12 y 18), lo cual explica que el autor no se refiera puntualmente al caso de las cesiones o endosos contra el insolvente; no obstante, es muy claro que estos casos quedan comprendidos en el supuesto prohibitivo enunciado por el autor: *“compensación no producida espontáneamente durante el período de sospecha”*.

tanto antes como después de la quiebra y por el sólo hecho de que el crédito no sea originario. Cabe aclarar sin embargo, que Rivera recoge en esta instancia la posición de Alberti, de lo cual debe inferirse que el primero comparte la opinión del segundo en torno a que la prohibición recién comenzaría a partir del período de sospecha³¹.

En suma: los autores argentinos y franceses que se pronuncian expresa o implícitamente sobre la cuestión llegan a la conclusión de que la prohibición de compensación se extiende a supuestos de adquisiciones de créditos tanto posteriores como anteriores a la declaración de quiebra, pero en este último caso sólo a las adquisiciones verificadas a partir del período sospechoso. Es decir, la doctrina analizada coincide con lo aquí expuesto en cuanto a que la prohibición irradia hacia un período anterior a la declaración de quiebra, pero realiza una importante puntualización: la interdicción rige desde el comienzo del período de sospecha, con lo cual concordamos plenamente, tal como explicaremos más adelante.

D) Análisis particular de la tesis del Prof. De Cores respecto a la compensación con Eurobonos

En reciente publicación, el Prof. Carlos de Cores³² comentando la Sentencia N° 217 del TAC 6° Turno ya referida, sostiene que comparte totalmente la argumentación del Tribunal de Segunda Instancia *“con una precisión”*, afirmando que la *“ratio legis para excluir la compensación a favor de titulares de papeles endosables es que el endoso no tiene normalmente fecha cierta, lo que enfoca la posibilidad de que el reclamante haya adquirido el crédito en la etapa inmediatamente anterior o luego de la quiebra a un precio vil”*.

De lo afirmado por el citado Profesor, se desprende que éste comparte al menos que la intención de la norma es abarcar adquisiciones de créditos realizadas en *“la etapa inmediatamente anterior [a la quiebra]”*.

Posteriormente afirma De Cores, en lo que constituiría su *“precisión”*, que lo precedente no ocurre *“si por cualquier medio, la adquisición del crédito resulta de fecha anterior a la quiebra y ello resulta comprobado por un documento con fecha cierta o comprobada”*.

Si se comparan los dos postulados anteriores del Prof. De Cores, esto es, la intención que le asigna a la norma con la *“precisión”* que él mismo realiza luego, lógicamente debe entenderse que De Cores distingue los conceptos de *“inmediatamente anterior”* y *“anterior”*, resultando que estaría prohibida la compensación cuando la adquisición del crédito se verifica en la etapa *“inmediatamente anterior”* a la quiebra y no cuando se realiza en la etapa *“anterior”* a la misma.

Sostener lo contrario supondría una contradicción en el razonamiento del autor, pues por un lado compartiría que la *ratio legis* de la norma es prohibir la compensación con créditos adquiridos en la etapa *“inmediatamente anterior”* a la quiebra a un precio vil y, por otro lado, admitiría la compensación ante ese mismo supuesto, pues el concepto de *“anterior”* considerado sin la puntualización anterior, comprendería al concepto de *“inmediatamente anterior”*.

Pero aun en la interpretación que asignamos a la tesis de De Cores, la misma no está exenta de críticas, pues el concepto de *“inmediatamente anterior”* es por definición indeterminado, por lo que no se logra precisar en definitiva el período concreto en el que regiría la prohibición de compensar.

A nuestro criterio, en el caso planteado por los Eurobonos de Banco Montevideo, el período de la prohibición debería entenderse comenzado en el mismo instante en que se empezó a verificar la *ratio legis* de la norma, esto es, al momento en que los Eurobonos para compensar se empezaron a adquirir a precio vil. Es sabido que ello se produjo a partir de la suspensión de actividades del Banco Montevideo decretada por el Banco Central del Uruguay (Resolución N° D/454/2002, de fecha 30.07.2002), lo cual resulta lógico pues fue desde ese momento que se hizo pública la imposibilidad del Banco de afrontar su pasivo. Entendemos, en consecuencia, que las acciones judiciales tendientes a declarar verificadas compensaciones deberán desestimarse en los casos en que los actores hayan adquirido los Eurobonos para compensar luego de la suspensión de actividades del Banco.

De Cores continúa diciendo que *“la cuestión no es si se trata de transmisión de créditos por vía de endoso o por vía de cesión de créditos, sino si la transmisión tiene fecha oponible anterior a la quiebra, debiéndose admitir la compensación en caso de que sí la tenga”*.

Al respecto cabe comentar que, si lo anterior constituye una crítica a la sentencia, la misma es equivocada, pues el Tribunal no enfoca como *quid* del asunto la cuestión de si la prohibición abarca la transmisión de créditos

³¹ Ver notas 12 y 18.

³² Ob. cit., pág. 660.

por vía de endoso o cesión, sino que, en realidad, el Tribunal orienta la *questio juris* a la *ratio legis* de la norma (compartida por el propio Profesor), que es restringir “*las obligaciones compensables en la quiebra a las que desde su origen fueron personales entre el fallido y el titular actual del crédito contra éste, impidiendo que, en forma oblicua o indirecta, adquiriendo créditos contra el fallido, sus deudores puedan romper la igualdad contra el resto de los acreedores, desvirtuando de este modo la esencia y el sentido del instituto de la compensación*”.

Por último, termina el autor sosteniendo que “*preferimos esta visión porque castigar indiscriminadamente a todos los tenedores de obligaciones negociables escriturales con la inadmisibilidad de la compensación en la liquidación es incoherente con la tutela legal de la inversión en valores de oferta pública, reconocida en la ley de Mercado de Valores 16.749 y refrendada por la ley de relaciones de consumo 17.250, lo que hace preferible una armonización de los respectivos regímenes*”.

En relación a ello, cabe acotar que la Ley No. 17.613, como vimos, sitúa a los derechos de los depositantes de las entidades liquidadas en la posición de bien jurídico expresamente protegido, expresando incluso que tal tutela se fundamenta en razones de interés general. Y como la compensación con Eurobonos perjudica a los depositantes de dichas entidades en su calidad de acreedores de la quiebra, proteger a los Eurobonistas en desmedro de aquellos no resultaría coherente con la finalidad legal.

E) Análisis del Derecho comparado

La racionalidad y justicia de la solución interpretativa que se propugna en el presente son tan evidentes, que la misma es adoptada incluso por sistemas jurídicos que -a diferencia del francés del cual el uruguayo es seguidor- habilitan la compensación en la falencia, aun respecto de créditos no exigibles con anterioridad a la misma y vueltos exigibles por ésta.

Así, la **ley italiana de quiebras**, N° 267 de 16 de marzo de 1942, que en su art. 56 inc. 1° establece que “*los acreedores tienen derecho de compensar con sus deudas hacia el fallido los créditos que ellos posean contra él, aun los no vencidos antes de la declaración de quiebra*”; luego, en el 2° inciso del mismo artículo dispone que “*para los créditos no vencidos la compensación, empero, no procede si el acreedor adquirió el crédito por acto entre vivos luego de la declaración de quiebra o en el año anterior*”.

La **ley concursal alemana** (*Konkursordnung*) de 10 de febrero de 1887, establecía similares soluciones a la italiana en torno al tema, pero la prohibición de compensación para adquirentes de créditos sólo regía si éstos tenían conocimiento de la insolvencia o de la promoción de la demanda de quiebra³³.

Sin embargo, la ley de fecha 5 de octubre de 1994 (*Insolvenzordnung*) introdujo algunos cambios.

En primer lugar, si bien se sigue permitiendo la compensación de créditos con posterioridad a la quiebra, no resulta de aplicación a los créditos compensables la regla del vencimiento anticipado³⁴.

En segundo lugar, el art. 96³⁵, que regula la prohibición de compensación para adquirentes de créditos contra el fallido, sólo la establece cuando los créditos fueron adquiridos luego de la apertura de los procedimientos de insolvencia, abandonando la solución legislativa anterior que la hacía regir, como vimos, aun antes de la declaración de quiebra.

Por su parte, la **ley paraguaya** de quiebras N° 154/69, en su artículo 96³⁶ sólo habilita la compensación cuando ésta se verifica antes de declarada la falencia, salvo en los casos de “*obligaciones conexas derivadas de un mismo contrato o de una misma negociación y aunque sean exigibles en diferentes plazos*”.

³³ Esto se recogía en los art. 54 y 55: “La compensación no es excluida en la quiebra por el hecho de que los créditos por compensar, o uno de ellos, dependan de plazo o de condición en el momento de la apertura del concurso [...] o de que el crédito a cargo del fallido no consista en suma de dinero” y “la compensación en el concurso no es admisible:...3) si el deudor del insolvente **antes de la apertura del concurso** adquirió el crédito contra ese deudor común, fuere por contrato con él, fuere por cesión o por consecuencia de pagar a otro acreedor, cuando al momento de la adquisición aquél conocía que el deudor común había cesado sus pagos o que había sido demandada la apertura del concurso”.

³⁴ “(Sección 94): *Preservación del derecho a compensar: Si por ley o en base a un contrato un acreedor de los procesos de insolvencia tiene el derecho a compensar su crédito a la fecha de apertura de los procesos de insolvencia, dicho derecho no será afectado por dichos procedimientos*”. (Sección 95): *Adquisición del derecho a compensar un crédito durante los procedimientos (1) Si a la fecha de apertura de los procedimientos de insolvencia uno o más créditos a ser compensados entre ellos fueron condicionales, “inmaduros” o no son reclamables por medio de similares procesos de ejecución dicha compensación no será efectiva hasta tanto sus condiciones no sean reunidas. Secciones 41 y 45 no serán aplicables. La compensación debe ser excluida si el crédito respecto del cual va a hacerse efectiva fuera incondicional y maduro antes de que pueda ser compensado (...)*”.

³⁵ “Sección 96: *Prohibición de compensar (1) La compensación se encuentra prohibida si [...] 2. un acreedor de los procedimientos de insolvencia adquirió su derecho de otro acreedor únicamente luego de la apertura de los procedimientos de insolvencia*”.

³⁶ “La compensación tiene lugar en el caso de quiebra, conforme a las normas relativas a ese modo de extinción de las obligaciones, salvo las disposiciones especiales contenidas en esta ley. La quiebra impide toda compensación que no se hubiese producido legalmente hasta la fecha de su declaración entre obligaciones recíprocas de fallido y acreedores, salvo que se trate de obligaciones conexas derivadas de un mismo contrato o de una misma negociación y aunque sean exigibles en diferentes plazos”.

En lo que a nuestro tema interesa, la ley prohíbe (art. 97)³⁷ la compensación a cesionarios de créditos contra el insolvente **antes de declarada la quiebra** cuando *“en la época de la adquisición ya les era conocido el estado de insolvencia del deudor aunque todavía no se hubiera declarado su quiebra”*.

VI. LA PROHIBICIÓN COMIENZA A REGIR DESDE EL MOMENTO DE LA CESACIÓN DE PAGOS

El anterior análisis nos introduce al último tema que nos interesa tratar en este trabajo, cual es si la prohibición del inc. 2° del art. 1612 alcanza a todos los supuestos en que se pretenda compensación a partir de la adquisición de un crédito contra el fallido, sea cual fuera la fecha del negocio, o si, por el contrario, habría que limitar temporalmente la prohibición en alguna forma.

Si se prescinde de la finalidad legal, y se coincide con el alcance que le hemos asignado en el presente al vocablo “fallido” en el sentido de que éste no remite necesariamente al estado falencial, resultaría que la norma analizada no establecería distinción temporal alguna, por lo que podría sostenerse que prohibiría la compensación en todo el universo de casos, imposibilitando cualquier compensación que pretendieran acreedores no originarios del fallido, aunque los créditos hubieran sido adquiridos fuera del período de sospecha, es decir, en un momento en donde no cabría presunción de fraude alguna.

En la doctrina argentina, la posición de Malagarriga podría ambientar esta solución, pues el autor no realiza deslinde alguno, e incluso cita jurisprudencia de aquel país según la cual *“para que proceda compensación contra el concursado, el crédito en que se funda debe ser originario del ejecutado”*³⁸. La sentencia del TAC 6° mencionada en el presente, postularía algo similar al entender que el 1612 inc. 2° restringe *“las obligaciones compensables en la quiebra a las que desde su origen fueran personales entre el fallido y el titular actual del crédito contra éste”*, con lo cual también daría lugar al referido entendimiento. En efecto, de acuerdo a estos pronunciamientos, cualquier compensación pretendida en virtud de un crédito adquirido mediante un negocio entre vivos (cesión o endoso) estaría prohibida, sin importar la fecha de tal adquisición y por el sólo hecho de no ser este crédito originario del pretensor de la compensación.

Nosotros entendemos que una lectura de la norma que sea consecuente con su espíritu imposibilita un resultado interpretativo que conduzca a postular la no formulación de distinciones. Ciertamente, si - como vimos - lo que busca la norma es prevenir la maniobra consistente en la adquisición de un crédito contra el fallido a un precio vil para compensarlo luego con una deuda mayor a favor de aquél y en perjuicio de la masa de acreedores, dicho fundamento no estaría presente antes de la publicidad de la crisis económica del posterior fallido que lo lleva a no cumplir sus compromisos, cuando el crédito que se adquiere es a todas luces cobrable y nada hace presumir que se esté comprando a un precio distorsionado.

Sostener lo contrario, por otra parte, atentaría contra los principios de buena fe y seguridad jurídica, sometiendo al participante en un negocio lícito a una prohibición de compensación que no se justifica por las características de dicho negocio.

Por ende, nuestra propuesta interpretativa es postular la existencia de límites temporales a la prohibición de la norma que la hagan compatible con lo que es su espíritu. En este sentido, entendemos que la prohibición debería regir desde el momento en que el comerciante ha cesado en sus pagos, pues es sólo a partir de allí que puede plantearse verosímelmente la existencia de una especulación prohibida mediante la adquisición de créditos contra el comerciante insolvente a un precio vil. Esa determinación en los hechos es asaz dificultosa, por lo que el legislador resolvió la cuestión estableciendo en el art. 1650 que la fecha de la cesación de pagos es la de su declaración judicial, zanjando así, con carácter general, una cuestión que en la práctica no es sencillo definir.

En este sentido, consideramos fundamental la apreciación de las circunstancias relevantes por parte del juez de la causa, quien deberá determinar la existencia o no de maniobra ilícita, para lo cual, a su vez, deberá

³⁷ Art. 97°. *“No podrán alegar compensación en la quiebra: a) Los cesionarios o endosatarios de títulos o papeles de comercio a cargo del fallido. b) Los deudores del fallido de obligaciones vencidas antes de la declaratoria de quiebra que hubiesen adquirido créditos contra el fallido también exigibles antes de dicha declaratoria, ya sea por contrato celebrado directamente con éste, o por cesión de derechos, o del pago de un acreedor del deudor fallido, si en la época de la adquisición ya les era conocido el estado de insolvencia del deudor aunque todavía no se hubiera declarado su quiebra”*.

³⁸ Ob. cit., pág. 291. A menos que se interprete el texto como queriendo decir que el requisito de la titularidad no derivada del crédito sólo rige para después de la declaración de quiebra, esto es, que sólo existiría prohibición cuando el crédito a compensar hubiera sido adquirido por derivación y luego de decretada la quiebra; lo cual, justo es decirlo, no se desprende de la afirmación tan absoluta de que el crédito “debe ser originario del ejecutado”.

analizar la inclusión o no de las cesiones o endosos en cuestión luego de la cesación de pagos declarada judicialmente. En otras palabras, si el acto fue realizado luego de la misma, existirá una presunción *juris et de jure* de especulación prohibida que debe caer. Como se aprecia, esta posición viene a coincidir con la sostenida por la doctrina analizada *supra* que hacía regir la prohibición desde el comienzo del período sospechoso.

VII. CONCLUSIONES

a) La finalidad del inc. 2º del art. 1612 del C. Co. es impedir el perjuicio a la colectividad de acreedores, proveniente de extinciones de créditos a favor del fallido por la deliberada provocación de compensaciones por parte de deudores a través de la adquisición de créditos contra aquél a un precio vil.

b) El supuesto prohibitivo abarca cualquier tipo de adquisición de créditos y no sólo el supuesto representado por la cesión o endoso de títulos valores. Tal conclusión deriva de entender que el vocablo “títulos” inserto en el artículo es utilizado como sinónimo de “créditos”, lo cual resulta de: a) una interpretación puntual de la norma en la que se separan los conceptos de “títulos” y “papeles de crédito” a través de la conjunción disyuntiva “o”; b) una interpretación sistemática en donde se tienen en cuenta otros artículos del C. Co., que identifican por un lado los conceptos de “títulos” y “créditos” (1680 inc. 1º, 1755 y 1664 inc. 3º), y por otro los de “títulos valores” y “papeles de crédito” (7 num. 3º, 956 num. 3º, 1719 y 1729); c) la atribución de la condición de norma material al 1612, que supone entender que la misma prohíbe un determinado resultado -el perjuicio a los acreedores a través de compensaciones-, sin importar los “camino” por los que se pretenda alcanzarlo (adquisición de un título valor o de cualquier otro crédito).

c) Una interpretación de la norma que conjugue su tenor literal (en el que la utilización de la palabra “fallido” no es definitiva) con su *ratio legis*, lleva a entender que la prohibición de compensación se aplica a supuestos de adquisiciones de créditos tanto posteriores como anteriores a la declaración de falencia, con la salvedad de que, en este último caso, la proscripción sólo comprenderá a las adquisiciones realizadas a partir del período de sospecha declarado judicialmente, el cual puede extenderse hasta un año hacia atrás de la quiebra (art. 1643 inc. 2º del C. C.o.).

d) A la misma conclusión se llega por aplicación del art. 1595 del C.Co., pues si, según este artículo, la quiebra se retrotrae a la fecha en que “*tuvo lugar la efectiva cesación de pagos, en todos los casos determinados en este Código*”, y uno de estos casos, según estimamos, es la prohibición de compensación del 1612, aun antes de la declaración de quiebra y por la retroacción de ésta, existiría “fallido” desde la fecha de cesación de pagos determinada judicialmente.