

# **UNA CUESTIÓN CONFLICTIVA: LAS COSTAS EN LOS PEDIDOS DE QUIEBRA DESESTIMADOS POR DEPÓSITO EN PAGO O A EMBARGO**

**FABIAN ROBERTO CELIZ  
MARIA FERNANDA STRATICO  
MARTIN ESTEBAN PAOLANTONIO**

## **1. INTRODUCCIÓN**

La distribución de costas en el pedido de quiebra desestimado es una cuestión no contemplada por la ley de concursos (LC), la que sólo por vía de remisión nos da la solución. En efecto, el art. 301 de la LC establece la aplicación de las normas procesales locales en las materias no reguladas por ella; corresponde por tanto –para Capital Federal y Territorios Nacionales– la aplicación del art. 68 y ss. del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación (CPN).

El tema que nos ocupa ha motivado posiciones doctrinarias y jurisprudenciales encontradas, que ocasionaron la reunión plenaria de la Cámara Comercial<sup>1</sup>, referida a la imposición de costas en el caso de pedido de quiebra desestimado por depósito en pago que, como veremos, tampoco dio una solución satisfactoria y definitiva al problema.

Nuestro trabajo consistirá en reseñar las diferentes posiciones jurisprudenciales –con el correspondiente apoyo doctrinario– y analizarlas en forma crítica, fundamentando la que creemos es la solución correcta.

Si bien la ley de concursos en el tema de la cesación de pagos acoge la denominada "teoría amplia" (arts. 85 y 86),

<sup>1</sup> CNCCom, en pleno, 29/8/82, LL, 1982-C-458, JA, 1982-III-406 y ED, 99-821.

nuestro análisis se referirá al ámbito específico del art. 56, inc. 2°, que es el caso más típico por el cual se manifiesta el estado de cesación de pagos: la mora en el cumplimiento de una obligación.

Conforme el art. 87 de la LC cualquier acreedor, sin tener en cuenta la naturaleza y privilegio de su crédito —con las salvedades de los arts. 87 *in fine*, y 88— puede instar la apertura del procedimiento concursal liquidativo (quiebra), justificando en forma sumaria su crédito, los hechos reveladores de la cesación de pagos y que el deudor está comprendido en el art. 2° (art. 90, LC). Citado el deudor para que invoque y pruebe cuanto estime conveniente a su derecho y oído el acreedor (la omisión de este último requisito vicia de nulidad el procedimiento)<sup>2</sup> el juez resolverá sin más trámite acerca de la procedencia o improcedencia de la petición.

Dentro del breve plazo precitado, el deudor tiene como únicas posibilidades para enervar la petición de su acreedor, depositar en pago o a embargo o plantear la incompetencia del tribunal<sup>3</sup>, sin que en esta ocasión pueda discutirse el fondo de la cuestión ni sustanciarse un verdadero contradictorio (“no hay juicio de antequiebra”, art. 91 *in fine*, LC).

Efectuado dicho depósito (más adelante analizaremos su contenido) y por ende, destruido *prima facie* el presupuesto objetivo para la apertura del proceso concursal —estado de cesación de pagos: art. 1°, LC— el juez desestimará la petición.

Llegamos pues a nuestro tema: ¿quién habrá de soportar las costas? Claro está que si el rechazo estuviere motivado por la inexistencia del crédito o porque, conforme al art. 2° de la LC el deudor no fuera pasible de concurso, la solución sería simple: las costas debe soportarlas quien sin derecho promovió la acción y fue consecuentemente derrotado (art. 68, CPN)<sup>4</sup>.

En cambio, la cuestión que ha motivado una intensa polémica entre la doctrina autoral y jurisprudencial, ha sido el rechazo por la desaparición del presupuesto objetivo, que

<sup>2</sup> CApellCivCom Rosario, Sala II, 22/11/73, “Sucesión o sucesores F. Viazzi”, Zusa, I-J-89; en contra Cámara, Héctor, *El concurso preventivo y la quiebra*, Bs. As., Depalma, 1978, vol. III, p. 1895.

<sup>3</sup> CNCom, Sala A, 22/5/74, ED, 56-639; 1° InstComCap, Juzg n° 18, firme, 8/8/77, ED, 73-381.

<sup>4</sup> Recullón, Adolfo A. N., *Imposición de costas cuando se rechaza la petición de quiebra formulada por acreedor*, JA, 1988-IV-533.

como dijimos puede producirse mediante el depósito en pago o a embargo. Analizaremos en primer término la cuestión del depósito en pago.

## 2. DEPÓSITO EN PAGO

Realizada la citación del art. 91 de la LC —que se notifica de acuerdo a la ley adjetiva local; art. 301, LC— puede ocurrir que el deudor deposite expeditivamente en pago lo reclamado; lo que implica reconocer la existencia y exigibilidad de la deuda y —a diferencia del depósito a embargo— la imposibilidad de discutir en un proceso posterior (no necesariamente ejecutivo —arg. art. 85 *in fine*—) el derecho al cobro del acreedor.

Primeramente resulta necesario establecer claramente el quantum del depósito (¿hay que depositar actualización e intereses?), ya que la jurisprudencia y la doctrina discrepan sobre el tema.

Una parte de la doctrina —Maffía y Rouillón entre otros— sostiene la improcedencia de exigir que el depósito comprenda la actualización e intereses; siendo sus argumentos capitales los siguientes:

a) La solución contraria fomentaría la corruptela de utilizar el pedido de quiebra como medio de ejecución individual; en este sentido se pronuncia Rouillón, para quien exigir el depósito del capital repotenciado con sus intereses sería consentir "la perniciosa práctica de la utilización del pedido de quiebra como medio fácil, rápido y a veces extorsivo de cobro individual"<sup>3</sup>.

b) Además del argumento anterior agregaban que dado en nuestro derecho positivo la inexistencia del juicio de antequiebra (art. 91, LC) la cuestión acerca de la mora del deudor (y sus consecuencias jurídicas: intereses —art. 622, Cód. Civil—) y actualización monetaria resultaban ajenos a la cognitio sumaria que caracteriza a este tipo de proceso<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Citado por Maffía, Osvaldo J., *Pedido de quiebra o juicio ejecutivo*, RDCD, 1982-143; en dicho artículo el autor, con su inmediatez habitual, desarrolla una crítica vision del tema que nos ocupa.

<sup>4</sup> CNCCom. en pleno, 13/6/77, LL, 1977-B-185. Jurisprudencialmente se apoyaron en dichos argumentos los siguientes fallos: CNCCom. Sala A, 8/11/77, LL, 1979-A-581, n° 17-18, id., id., ED, 119-399; id., Sala B, 14/6/79, LL, 1980-A-242; id., id., 11/11/81, LL, 1982-B-49; id., id., ED, 119-389; id., Sala C,

Por tanto, para esta posición lo referente a actualización y/o intereses debe deducirse en un proceso posterior.

La posición contraria –que compartimos– considera necesario que el depósito comprenda también la repotenciación del capital e intereses; a los efectos de verificar que el deudor se halla *in bonis*, evitando de esta forma que por la crudeza del fenómeno inflacionario el depósito del valor nominal “se puede convertir en una salida puramente formal y conceptual sin asidero en la realidad; pues solamente se demostraría estar en fondos respecto de una parte (que puede ser mínima en épocas de gran inflación) de la deuda cuyo cumplimiento se pretende”<sup>7</sup>.

Completando la argumentación anterior, Cámara se muestra partidario del depósito integral, por analogía del art. 100 de la LC y por aplicación de los arts. 742 a 744 del Cód. Civil (principio de integridad en el pago)<sup>8</sup>.

La divergencia jurisprudencial entre las Salas de la Cámara llevó, como era lógico prever, a la reunión plenaria del tribunal por vía del recurso de inaplicabilidad de la ley (art. 288 y ss., CPN) en la cual se estableció como doctrina legal obligatoria (art. 303, CPN) que: “A los efectos de que aquél respecto de quien se ha pedido la quiebra demuestre hallarse en fondos, corresponde establecer la oportunidad en que incurrió en mora, para ponderar la cuantía del débito reajustado a los intereses que le acceden”<sup>9</sup>.

Los principales argumentos de la mayoría integrada por los doctores Alberti, Ramírez, Jarazo Veiras, Anaya, Arecha, Cavighione Fraga, Cuartero, Miguez de Cantore, Quintana Terán y Viale fueron los siguientes:

a) “Cuando el acreedor alega –como generalmente sucede, según lo indica la experiencia– como hecho revelador de la cesación de pagos la mora de su deudor en el cumplimiento de una obligación, debe probar sumariamente esa si-

28/978, LL, 1978-D-421; id., id., 18/978, LL, 1978-C-609; id., id., 12/977, LL, 1978-B-64; id., id., 8/880, LL, 1981-B-548, 35.818-S; id., id., 3/481, LL, 1982-A-130; id., id., 13/884, ED, 114-348.

<sup>7</sup> De Iorio, Alfredo J., Consideración sobre el pleenario “Zadnicoff” relativo a la acreditación de la mora en los pedidos de quiebra, RDCO, 1986-478.

<sup>8</sup> Cámara, El concurso preventivo y la quiebra, vol. III, p. 1893. Jurisprudencialmente siguieron este criterio los fallos: CNCam, Sala A, 36/977, LL, 1978-A-488; id., id., 28/777, LL, 1978-B-470; id., Sala B, 2/1070, LL, 145-412, 28.193-S.

<sup>9</sup> CNCam, en pleno, 30/886, LL, 1986-C-275.

tuación de mora; y el juez, consecuentemente, emitir juicio sobre su existencia. Probar la mora supone, necesariamente, probar la oportunidad en que ella se produjo y juzgarla operada también supone juzgar cuándo se operó. En efecto: la mora del deudor se constituye —a más de otros elementos que no interesan en la especie— con un dato objetivo: la demora o el atraso del deudor en el cumplimiento de su obligación... para determinar la existencia de demora o atraso es imprescindible precisar antes cuándo debió cumplirse temporáneamente. Mal cabe hablar, pues de mora si no se expresa además cuándo principió" (consid. III).

b) "La necesidad de establecer la oportunidad de la mora preexiste y es anterior al tema de la actualización monetaria y de los intereses. En consecuencia, efectuada esa precisión en orden a juzgar si existe la mora reveladora de la cesación de pagos, la actualización monetaria y el curso de los intereses surgen como consecuencia legal del estado de mora" (consid. IV).

Como podemos observar, la mayoría con argumentos estrictamente jurídico-positivos estatuye la necesidad de determinar la fecha de la mora, no para posibilitar el reclamo de actualización e intereses, sino para configurar el hecho revelador del art. 86, inc. 2° (que al igual que nuestro trabajo, es el ámbito específico de vigencia del plenario), sin que se afecte la sumaria cognición del procedimiento (ver consid. V del voto de la mayoría).

La primera minoría integrada por los doctores Morandi y Williams sostuvieron la improcedencia de la cuestión en debate por lo siguiente:

a) Inexistencia de juicio de antequiebra (consid. II, 4).

b) "Por lo demás, la recepción favorable a la doctrina plenaria puesta a consideración a este tribunal llevaría a desvirtuar las finalidades del procedimiento concursal y a la utilización de este medio —pedido de quiebra— en reemplazo del juicio ejecutivo" (consid. II, 5).

La segunda minoría integrada por los doctores Guerrero y Garzón Vieyra también respondió en forma negativa al interrogante del plenario, agregando a los argumentos de la primera minoría el siguiente: "el deudor que se presenta en su pedido de quiebra depositando el valor nominal del presunto crédito no demuestra estar en fondos ni in bonis pero tampoco la acredita quien se presenta depositando el capital actualizado con más los intereses de plaza, ya que la cesa-

ción de pagos es un estado de impotencia patrimonial para afrontar regularmente sus obligaciones (art. 85, ley 19.551) y no el mero incumplimiento de las obligaciones: ello resulta de la propia enumeración de hechos reveladores que efectúa el legislador. Si para depositar el importe reclamado en un pedido de quiebra se recurrió a 'cualquier medio ruinoso o fraudulento para obtener recursos' (art. 86, inc. 7º, ley 19.551) la cesación de pagos habría quedado igualmente demostrada a través de ese hecho revelador<sup>19</sup>.

Este razonamiento si bien es doctrinariamente correcto no es aplicable al sub-iudice, ya que el acreedor instó la quiebra sólo en base al art. 86, inc. 2º, de la LC; no estando acreditado ningún otro hecho revelador, la remisión al art. 86, inc. 7º, resulta inadecuada. Nadie discute que incumplimiento y cesación de pagos no son términos equivalentes, pero el plenario únicamente se refiere al supuesto de quiebra pedido por acreedor en que se ha imputado un incumplimiento como revelador del estado de cesación de pagos, con lo cual planteamientos como el citado (lo mismo puede decirse del consid. II-2-5 del voto de la primera minoría) son improcedentes.

Concluido el procedimiento, una vez efectivizado el depósito, el juez debe ordenar sin demora el libramiento del cheque para el cobro del acreedor<sup>20</sup>.

En síntesis, resulta necesario para enervar la petición de quiebra –a tenor del plenario analizado y para Capital Federal y Territorios Nacionales– que el depósito que realiza el deudor comprenda no sólo el capital nominal, sino también su actualización (que no es un accesorio sino el mismo capital repotenciado) y los intereses que correspondan.

#### a) Imposición de costas al acreedor

El fundamento de la imposición de las costas al acreedor en el caso del pedido de quiebra desestimado por depósito en pago se apoya en:

1) La aplicación lisa y llana del principio objetivo de la derrota, "costas al vencido", consagrado en el art. 68, párr. 1º, del CPN.

2) El remanido argumento de que "el pedido de quiebra no es un medio para que los acreedores ejecuten individual-

<sup>19</sup> CNCem, Sala A, 5/473, LL, 151-1.

mente sus créditos, sino la real afirmación de un estado de insuficiencia patrimonial y de la necesidad de adoptar medidas de preservación de interés común" (Exposición de motivos, ley 19.551, parte primera, tit. III, cap. I, secc. II).

Para esta posición, la acción que insta la declaración de quiebra y es desestimada —no interesa el motivo ni la buena o mala fe del litigante ya que la imposición de costas es objetivo—, genera la condena en costas del acreedor vencido.

Apoyan en doctrina esta solución Di Iorio, Migliardi, Highton, De la Peña, y también, Cámara<sup>11</sup>.

Sólo se morigera este criterio cuando el acreedor hubiera realizado extrajudicialmente las diligencias pertinentes para el cobro; al respecto es de notar la vigencia de los siguientes fallos plenarios que ponen a cargo del deudor la prueba de la no realización de tales diligencias: "Kairus, José" —referido a pagarés sin protesto—<sup>12</sup>; "García, A. y otro" —referido a compraventa—<sup>13</sup>; "Caja de Crédito de los Centros Comerciales" —aplicable a pagarés a la vista con cláusula sin protesto—<sup>14</sup>, en el que la imposición de costas se haría en el orden causado<sup>15</sup>; tema que analizaremos a continuación.

#### b) Imposición de costas en el orden causado

A diferencia del criterio puramente objetivo (ap. a) la imposición de costas en el orden causado introduce un matiz

<sup>11</sup> Di Iorio, Alfredo J., *La imposición de costas en los pedidos de quiebra*, RDCO, 1986-149; Migliardi, Francisco, *Imposición de costas en los pedidos de quiebra*, LL, 1979-D-385; Highton, Federico R., *Las costas en el pedido de quiebra*, LL, 1979-C-131; De la Peña, Horacio M., *Modificaciones al régimen de pedido de quiebra por acreedor, ponencia presentada en las "Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Concursal"*. Este autor propone agregar al art. 91 de la LC el siguiente párrafo: "Si el pedido de quiebra fuera rechazado, las costas son a cargo del peticionante", y prohibir la posibilidad de depósito en pago; Cámara, *El concurso preventivo y la quiebra*, vol. III, p. 1889 y ss., donde adhiere al criterio de Di Iorio. Jurisprudencialmente siguen con este camino: CNCom, Sala B, 17/12/80, ED, 92-791; id., id., 14/6/79, LL, 1980-A-242; id., id., 28/9/78, LL, 1980-A-243; id., Sala D, 9/3/79, LL, 1979-C-131; 1° InstComCap, Juzg. n° 26, firme, 5/9/81, LL, 1981-C-371; C2° CivCom Córdoba, L.L.C., 984-1275.

<sup>12</sup> CNCom, en pleno, 17/6/81, LL, 1981-C-281, JA, 1981-III-110 y ED, 84-333.

<sup>13</sup> CNCom, en pleno, 28/83, LL, 1982-D-116, JA, 1982-III-591 y ED, 100-286.

<sup>14</sup> CNCom, en pleno, 3/8/84, LL, 1984-C-539, JA, 1984-III-619, ED, 110-120.

<sup>15</sup> CNCom, Sala E, 28/8/81, ED, 86-611.

subjetivo haciendo aplicación del art. 68, párr. 2º, del CPN: "el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad (costas) al litigante vencido siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento bajo pena de nulidad"; así algunos fallos echaron mano de la elástica fórmula "razonabilidad para litigar" y similares, imponiendo las costas por su orden<sup>18</sup>.

Una curiosa variante —con el mismo resultado: costas por su orden— ha sido insinuada en algunos fallos y apoyada en doctrina por Roullón<sup>19</sup>; ella se fundamenta en una disección o división de la presentación del acreedor cuya acción tendría un doble objeto: por un lado la declaración de quiebra —pretensión principal u objeto formal— y por otro la del cobro de su crédito —pretensión accesoria subyacente o no formal—. Fracasando en la primera y triunfando en la segunda operaría —en virtud del vencimiento parcial y mutuo— el art. 71 del CPN: "Si el resultado del pleito o incidente fuere parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos"<sup>20</sup>.

### c) Imposición de costas al deudor

Desde antiguo la jurisprudencia mayoritaria consideró que la solución adecuada a la cuestión que nos ocupa consistía en imponer las costas al deudor moroso<sup>21</sup>. Ha sido tam-

<sup>18</sup> 1º InstCivCom Rosario, Juzg 4º Nom, firme, 4/12/78, Zenz, 11-J-288; CApelCivCom Junín, 21/3/83, ED, 119-391, n° 29; CNCCom, Sala B, 20/7/79, LL, 1879-D-384; id., id., 21/3/85, ED, 119-391, n° 26; id., id., 26/12/85, ED, 119-391, n° 21; id., id., 9/2/87, LL, 1987-B-375; id., id., 29/5/84, ED, 112-698, n° 66; id., Sala C, 13/8/84, ED, 114-548; id., Sala E, 4/8/81, LL, 1982-C-58; id., id., 28/8/81, ED, 91-611.

<sup>19</sup> Roullón, *Imposición de costas cuando se rechaza la petición de quiebra formulada por acreedor*, JA, 1980-IV-533.

<sup>20</sup> En este sentido, CNCCom, Sala B, 18/12/76, ED, 74-203, n° 26; id., Sala C, 8/8/80, LL, 1981-C-543; 1º InstCivCom Rosario, firme, 4/7/80, JA, 1980-IV-521; CCivComRosario, Sala I, 20/10/85, RDCO, 1886-923.

<sup>21</sup> CNCCom, Sala A, 22/6/80, LL, 1981-A-101; id., id., 28/9/77, LL, 1978-A-435; id., id., 13/11/81, LL, 1982-A-282; id., Sala B, 23/10/79, LL, 145-398, 28-108-S; id., Sala C, 16/4/84, ED, 112-698, n° 67; id., Sala D, 28/9/81, ED, 96-696; id., id., 29/3/82, LL, 1982-D-404; id., id., 22/11/82, LL, 1983-C-388; id., id., 18/4/83, LL, 1983-C-347; id., id., 4/8/82, ED, 112-698, n° 68; id., Sala E, 19/10/81, LL, 1982-C-38.

bién la opinión prevalente en el plenario "Pombo" y doctrinariamente apoyada por Quintana Ferreyra y Farina<sup>28</sup>.

El argumento central de esta postura radica en imputar las consecuencias de la mora –incumplimiento jurídicamente relevante– al deudor (arts. 508, 511 y concs., Cód. Civil): quien por su propia conducta ha motivado la puesta en funcionamiento del aparato jurisdiccional.

La fundamentación procesal es sencilla: el deudor que deposita no puede reputarse vencedor; sino que por el contrario reconoce como fundadas las alegaciones de su acreedor, logrando destruirlas mediante el pronto depósito de lo adeudado. Por lo tanto, quedando configurada la figura procesal del allanamiento, las costas deberá cargarlas el deudor moroso (art. 70, inc. 1º, CPN).

Es ésta la posición que compartimos, con la ampliación de fundamentos que veremos en el apartado 4; pero antes analizaremos en forma crítica el fallo plenario "Pombo".

### 3. EL PLENARIO "POMBO": UNA SOLUCIÓN INSATISFATORIA

La maraña jurisprudencial contradictoria (ver ap. 2, a, b, c), tuvo como lógica consecuencia la reunión plenaria de la Cámara Comercial ("Pombo, Manuel, pedido de quiebra por Gini, Reynaldo S.") donde se estableció como doctrina legal obligatoria la siguiente: "No corresponde imponer las costas al actor cuando el demandado citado a dar explicaciones consigna en pago el importe del crédito cuyo incumplimiento es invocado como evidencia de la cesación de pagos motivándose así el rechazo del pedido de quiebra".

La mayoría integrada por los doctores Bosch, Alberti, Caviglione Fraga, Jarazo Veiras, Barrancos y Vedia, Anaya, Quintana Terán, Rivera, Boggiano, Viale y Bengolea contestaron en forma negativa al interrogante del plenario por los siguientes fundamentos:

a) "Es un principio general del derecho, y regla positiva en los textos escritos argentinos –art. 511, Cód. Civil–, que

<sup>28</sup> Ver CNCam, en pleno, 29482, LL, 1982-C-453, JA, 1982-III-486 y ED, 89-621. Quintana Ferreira, Francisco, *Concurso*, Leg 12, 581 comentado, anotado y concordado, Bs. As., Astrea, 1985, t. II, p. 133; Farina, Juan M., *Acreedor que pide la quiebra con un título de crédito: el pagará con la cláusula sin protesto y otras preocupaciones*, ED, 193-981.

sea el obligado quien soporte las consecuencias de la morosidad en el cumplimiento de la prestación. Esta gran regla conlleva la consecuencia –generalmente constituida en norma positiva– de que los costos del trámite y la retribución de los auxiliares del pretensor sean abonados por el obligado vencido. Véanse, como ejemplo, los arts. 68, 69, 539 y 558 del Cód. Procesal para la justicia nacional”.

b) Aplicación analógica del art. 100 de la LC –levantamiento sin trámite– y del art. 539 del CPN.

c) Impertinencia de analizar las intenciones que llevan al litigante a peticionar la quiebra (esfera de privacidad del pensamiento, art. 19, Const. Nacional).

d) La solución contraria implica: “...una valoración disvaliosa del ejercicio de la petición de quiebra contra los deudores morosos. Tal actitud, so capa de prevenir peticiones premiosas en exceso, provoca consecuencias seguramente no queridas: de un lado se crea jurisprudencialmente una suerte de término de gracia que el acreedor debiera conceder al deudor antes de ocurrir a la justicia; y del otro se cierra una vía de actuación con óbices –cual lo es de hecho el riesgo de soportar costas– que la ley no ha puesto sobre el denunciante de la morosidad”.

e) Aplicación del art. 70, inc. 1º, del CPN.

Con estos argumentos los jueces nombrados concluyen que como principio las costas deben ser soportadas por el obligado que abona tardamente la deuda.

Sin embargo, es necesario remarcar que esto último no es doctrina legal obligatoria: como lo demuestra el voto de uno de los integrantes de la mayoría (doctor Bengolea) quien, por sus fundamentos (aplicación de lo dispuesto por el art. 68, párr. 2º, CPN) sostiene que corresponde la imposición en el orden causado.

La primera minoría integrada por los doctores Martíné, Morandi y Williams contestaron en forma afirmativa al interrogante del plenario, considerando que las costas debía soportarlas el acreedor peticionante, repitiendo los ya viejos y reiterados argumentos (ap. 2, a).

La segunda minoría integrada por el doctor Guerrero –con un voto muy similar al que luego sustentaría en el plenario “Zadicoff”– sostuvo igual criterio que la primera minoría: las costas deben imponerse al acreedor por aplicación del art. 68 del CPN.

Creemos que si bien el plenario tiene como aspecto positivo el vedar la posibilidad de imponer las costas al acreedor peticionario –para el depósito en pago y sólo en el caso del art. 86, inc. 2º–, la solución no resulta satisfactoria. En efecto, si la finalidad de los fallos plenarios es lograr la uniformidad de la jurisprudencia en una misma jurisdicción judicial, no cabe duda de que la solución del plenario es jurídicamente frustratoria.

La ambigüedad de la solución legal –motivada por la insuficiencia de la redacción del cuestionario, falla imputable en principio al presidente del tribunal: art. 294, CPN– ha dado lugar a que la jurisprudencia siguiera siendo divergente: así, por ejemplo, parte de ella se ha pronunciado por imponer las costas en el orden causado<sup>21</sup> en tanto que otros fallos impusieron las costas al deudor<sup>22</sup>.

#### 4. NUESTRA POSICIÓN

Creemos que como principio general debió adoptarse una doctrina plenaria que impusiera la carga de las costas al deudor: sin perjuicio de que dándose circunstancias de hecho especiales –promoción abusiva cuasi extorsiva o con inexcusable ligereza– las costas pudieran imponerse en el orden causado (art. 68, párr. 2º, CPN) y aun al peticionario (aplicación analógica del art. 70, párr. último, CPN)<sup>23</sup>.

Pero –y esto es necesario remarcarlo– las circunstancias especiales de hecho deberán surgir necesariamente de las constancias de autos.

El criterio de imposición será pues, conforme lo preceptuado por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, objetivo; las costas habrá de soportarlas el vencido, que no

<sup>21</sup> CNCCom, Sala A, ED. 119-390; id., Sala B, 21/285, ED. 119-391, n° 26; id., id., 6/383, LL. 1987-B-373; id., Sala C, 19/644, ED. 114-548; id., id., 29/485, ED. 119-391, n° 18.

<sup>22</sup> CNCCom Sala C, 16/484, ED. 112-698, n° 87; id., Sala D, 4/682, ED. 112-698, n° 68.

<sup>23</sup> En sentido similar Quintana Ferrero, *Concursos*, t. II, p. 183. Ver CNCCom, Sala C, 11/684, ED. 115-186 (con imposición de costas en el orden causado); id., id., 17/686, LL. 1989-E-629 (con imposición de costas al acreedor). Si bien este fallo se refiere a depósito a embargo, la curiosa actitud del peticionario –quién mencionó la solvencia de su deudor en reiteradas oportunidades– es un buen ejemplo de su uso abusivo y tiene como lógica consecuencia la carga de las costas al peticionario.

es otro que el deudor moroso, quien se allana tardíamente (art. 70, inc. 1º, CPN) reconociendo como cierto lo alegado por el acreedor en su petición; todo ello por los siguientes fundamentos:

a) Uno de los argumentos de la posición contraria —el que sostiene que el acreedor es derrotado, porque con el depósito el deudor demuestra que no se encuentra en cesación de pagos— es erróneo por lo siguiente: el acreedor no debe probar la existencia del estado de cesación de pagos, sino sólo un hecho revelador (art. 90, LC): en nuestro caso la mora en el cumplimiento de la obligación (art. 86, inc. 2º).

Por otra parte, siguiendo en esto a Maffia<sup>28</sup>, consideramos que la prueba de la cesación de pagos en cuanto estado de un patrimonio que se manifiesta impotente para afrontar las obligaciones líquidas y exigibles que lo gravan con sus características de permanencia y generalidad no puede ser probado en la etapa de instrucción preferencial. Este estado recién surgirá no sólo cuando haya sido declarada la quiebra, sino luego de haberse cumplido importantes actos de sustanciación, especialmente los informes de los arts. 35 y 40.

Entonces si concordamos en que el estado de cesación de pagos sólo queda acreditado fehacientemente luego de decretada la quiebra (Pajardi nos habla de inversión lógica y cronológica entre cognición y ejecución)<sup>29</sup>, las sentencias que se apoyan en que el acreedor no probó la cesación de pagos deben ser desestimadas.

b) En cuanto al argumento tantas veces utilizado de que el acreedor busca con el pedido de quiebra el cobro de su crédito por una vía inidónea, merece una doble objeción: 1) la intención del peticionante no expresada no puede ser deducida por los magistrados (arg. arts. 919, Cód. Civil y 19, Const. Nacional) quienes en pro de una puridad doctrinaria agravan el derecho positivo vigente presumiendo la mala fe del peticionante; 2) por otra parte, la idea del doble objeto (declaración de quiebra-cobro de su crédito) nos parece hueca y carente de sentido. En efecto, quien logra la declaración de quiebra y con ello el inicio del proceso de ejecu-

<sup>28</sup> Maffia, Osvaldo J., *La instrucción preferencial, sentencias "ma non troppo"*, LL. 1984-A-842.

<sup>29</sup> Pajardi, citado por Maffia, *La instrucción preferencial, sentencias "ma non troppo"*, LL. 1984-A-842.

ción colectiva no lo hace por un altruista motivo de conservar el patrimonio de su deudor, sino en última instancia a cobrar—distribución mediante art. 212 y ss., LC— su acreencia. Por lo tanto dicha construcción se muestra inoperante para fundar alguna solución.

c) Corresponde conforme a la normativa vigente—art. 508 y conec., Cód. Civil— que el deudor soporte el daño moratorio que es accesorio a la obligación primitiva y de acaecimiento automático en los supuestos del art. 509, párr. 1º, Cód. Civil—mora sin interpelación—. Como bien sostuvo el doctor Alberti, en su disidencia en el fallo "Muebles Alberdi"<sup>26</sup>, no se advierte por qué si el moroso responde aun en el caso fortuito (art. 513, Cód. Civil) no habrá de ser él quien cargue con las costas.

d) Por último es necesario considerar que la imposición de costas tiene como directriz axiológica evitar que los gastos realizados para obtener el reconocimiento judicial del derecho se traduzcan en definitiva en una disminución del derecho declarado<sup>27</sup>. En igual sentido Chiovenda<sup>28</sup> quien expresa que "el juicio como medio de conseguir el ejercicio del derecho no puede conducir sino a la declaración de éste en su mayor y posible integridad; el derecho... debe reconocerse como si lo fuere en el momento de interponerse la demanda; todo lo que fue necesario para este reconocimiento es disminución del derecho y debe reintegrarse al sujeto del derecho mismo, a fin de que éste no sufra detrimento por causa del pleito"<sup>29</sup>.

Es claro entonces que para mantener la integridad del pago recibido por el acreedor corresponde, con las excepciones mencionadas, que sea el deudor quien cargue con las costas.

<sup>26</sup> CNCom, Sala D, 9/2/79, LL, 1979-C-131.

<sup>27</sup> Palacio, Lino E., *Derecho procesal civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1988, t. III, p. 366.

<sup>28</sup> Chiovenda, *La condena en costas*, citado por Palacio, "Derecho procesal civil", t. III, p. 366.

<sup>29</sup> La jurisprudencia en contexto: CNCom, Sala A, 7/12/84, n° 183; id., Sala D, 13/9/83, n° 182; id., Sala G, 25/4/84, n° 187; id., id., 24/2/83, n° 186; id., Sala B, 11/6/85, n° 190, todos en ED, supl. del 24/7/87.

### 5. DEPÓSITO A EMBARGO

Como vimos –ap. 1–, uno de los medios que tiene el deudor para frustrar el pedido de su acreedor es depositar a embargo la suma adeudada. Dicho depósito implica una reserva para el deudor de discutir la existencia, legitimidad y cuantía de la obligación invocada por el acreedor como fundamento de su petición en un proceso posterior (respecto del quantum del depósito rige la doctrina plenaria “Zadicoff”).

Esta peculiar característica del depósito a embargo resulta, como demostraremos, decisiva en cuanto a la condena en costas.

Luego de realizado el depósito y desestimada la petición de quiebra el acreedor tendrá diez días a partir de la notificación de la resolución judicial pertinente, para iniciar el correspondiente proceso posterior, bajo pena de caducidad del embargo y responsabilidad por los daños y perjuicios causados (art. 207, CPN).

Jurisprudencia y doctrina mostraron divergencias al tratar el tema; aunque la existencia de menos casos que en la hipótesis de depósito en pago y la posibilidad de un juicio posterior evitaron la adopción por la Cámara de una doctrina plenaria, habida cuenta de su literalidad, no rige el plenario “Pombo” para el depósito a embargo.

La gama jurisprudencial y autoral fue tan amplia como en el caso del depósito en pago y con los mismos argumentos, por lo que carece de sentido reiterarlos. Nos remitimos, por razones de brevedad a lo expuesto anteriormente (ap. 2, a, b, c).

### 6. NUESTRA POSICIÓN

Creemos que la relevante diferencia entre el depósito en pago y el depósito a embargo –el no reconocimiento de la deuda y la posibilidad de discutir la cuestión en un proceso posterior– debe marcar el camino de la correcta solución.

Consideramos que no habiendo reconocimiento de la deuda ni de su exigibilidad por el deudor “moroso” –aunque claro está que la existencia definitiva de la mora habrá de determinarse en el proceso posterior conforme voto de la mayoría en el plenario “Zadicoff”– y por ende, no existiendo la

posibilidad de determinar fehacientemente el carácter de vencedor o vencido, corresponde que el pronunciamiento sobre costas sea diferido a las resultas del juicio que se inicie posteriormente (pero en caso de caducidad del embargo las costas habrán de imponerse al acreedor).

Apoyan en doctrina esta solución Roullón, Fassi - Gebhardt y Farina<sup>29</sup>.

No cabe en este supuesto la excepción que aceptamos en el apartado 4 respecto del depósito en pago (promoción abusiva o con inexcusable ligereza) ya que no existiendo en esta etapa posibilidad de determinación de las calidades de vencedor y vencido, y no configurando la actitud del deudor un allanamiento, la correcta solución sigue siendo el diferimiento de la condenación en costas a la etapa procesal oportuna -sentencia que resuelve el pleito posterior-.

## 7. Conclusiones

a) La cuantía del depósito -conforme la doctrina plenaria citada- comprende el capital repotenciado (actualización) más sus intereses.

b) Las costas en el caso de depósito en pago deben imponerse como principio al deudor, pudiendo sólo apartarse de ello en los casos de inexcusable ligereza o conducta abusiva: hechos excepcionales que deberán surgir necesariamente de las constancias de autos.

c) El pronunciamiento sobre costas en el caso del depósito a embargo debe diferirse a las resultas del proceso posterior correspondiente; sin perjuicio de que en dicha sentencia se valore la posible conducta abusiva mencionada.

<sup>29</sup> Roullón, *Imposición de costas cuando se rechaza la petición de quiebra formulada por acreedor*, JA, 1989-IV-533; Fassi, Santiago C. - Gebhardt, Marcelo, *Concurso*. Comentario explicativo de la ley 19.551 con las reformas de la ley 22.917 y jurisprudencia actualizada, 3ª ed., Bs. As., Astrea, 1986, p. 190; Farina, *Acreedor que pide la quiebra con un título de crédito: el pagaré con la cláusula sin protesto y otras peculiaridades*, ED, 108-981. Ver además CNCCom, Sala A, 18/6/86, ED, 89-221, n.º 63-64; id., Sala D, 24/6/81, LL, 1981-D-97. En contra CNCCom, Sala C, 31/3/84, LL, 1984-D-800; id., id., 17/6/85, LL, 1985-E-649; id., id., 18/10/85, LL, 1987-A-693, 31.541-5.