

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

ELIZABETH ODIO BENITO

LOS CONVENIOS EN LA QUIEBRA

Tesis de Grado

1964

A Ulises Odio, con cariño y admiración profundos

INDICE

	Pág.
Introducción	1

PRIMERA PARTE

EL CONVENIO EN LA DOCTRINA

CAPITULO I

El Convenio, Definición y Clasificaciones	4
Definiciones y Conceptos	5
Varias Clases de Concordato	7

CAPITULO II

El Convenio de Masa u Obligatorio	10
---	----

CAPITULO III

Naturaleza Jurídica del Convenio de Masa	15
Naturaleza Unilateral o Bilateral del Convenio	24
El Convenio, Contrato Unico	25
El Convenio, Contrato Oneroso	27
El Convenio y la Novación	27
El Convenio y la Transacción	29

NOTAS	31
-------------	----

SEGUNDA PARTE

PROCEDIMIENTOS DEL CONVENIO

CAPITULO I

Iniciativa del Convenio	34
Legitimación para proponer convenios	34
Momento en que puede proponerse	36
Contenido de la propuesta	38
Requisitos de la propuesta	40

CAPITULO II

Admisión por la Junta de Acreedores	42
---	----

	Pág.
Quienes asisten a la junta	42
Trámite en la junta	43

CAPITULO III

Aprobación del Concordato. Homologación judicial....	53
Tramitación de las oposiciones	58

CAPITULO IV

Efectos del Concordato	64
Respecto a los acreedores	64
Respecto al deudor	66
Respecto de los garantes	68
Problemas prácticos.....	70

CAPITULO V

Impugnación de la sentencia que aprueba el convenio ..	77
Resolución del Concordato.....	79
Anulación del Convenio	85
NOTAS	92

TERCERA PARTE

Observaciones finales a la legislación costarricense..	94
BIBLIOGRAFIA	99

INTRODUCCION

Todos los ordenamientos jurídicos positivos, aunque con variantes entre ellos, admiten diferentes modos de a cabar la quiebra. Al igual que en la ejecución singular, en la quiebra, -proceso de ejecución colectivo y universal por afectar al patrimonio entero del deudor y a to dos sus acreedores-, se acepta la posibilidad de que fi nalice de diversas maneras.

La quiebra puede concluir normal o anormalmente. Hay autores que no hacen tal diferencia (Bonelli, Satta, Pro vinciali), pero hay otros que se refieren claramente al punto, Navarrini entre ellos. Distingue Navarrini entre "clausura de la quiebra" y "cesación de la quiebra", a t endiendo precisamente a la normalidad o anormalidad en el ac abamiento de la misma como proceso de ejecución. Fi naliza normalmente cuando el procedimiento que le sirve de desarrollo se agota plenamente, produzca o no ef ectos definitivos. Acaba anormalmente cuando el procedimiento cesa antes de que pueda reputarse agotado, gracias a tru ncarse el desenvolvimiento natural del proceso, y éste se trunca por acuerdos ultimados (convenios) o por co ndiciones especiales del patrimonio del quebrado que hacen in conveniente continuar las operaciones respectivas.

Hemos prescindido en este estudio de ahondar en los caminos normales de concluir el proceso, toda vez que su objeto le constituye ese modo anormal de acabar la quiebra que son los convenios, cuya fundamental importancia

trataremos de poner de manifiesto.

El método que seguimos en el desarrollo del tema de la presente Tesis de Grado se reduce, en esencia, a la comparación de los textos legales costarricenses con la doctrina general y los ordenamientos jurídicos de países que marchan a la vanguardia en el planteamiento y desarrollo de los problemas del Derecho Mercantil, tales como Italia, Francia y España, y de la cual comparación pretendemos extraer enseñanzas y pautas a seguir, en especial en los momentos actuales en que nos enfrentamos a la próxima promulgación de un nuevo Código de Comercio. En el texto no se hace alusión alguna a la jurisprudencia de nuestros tribunales sobre el tema, toda vez que prácticamente no existe.

El tema es vasto y complejo; sus implicaciones y trascendencia jurídicas, muy grandes. Empero, no hemos pretendido ni agotar el tema en toda su magnitud ni exponer todas sus consecuencias en el ámbito legal. Hemos querido, tan sólo, llamar la atención sobre una materia cuya importancia ha pasado hasta hoy inadvertida.

Ciudad Universitaria "Rodrigo Facio",

Junio de 1964.

PRIMERA PARTE
EL CONVENIO EN LA DOCTRINA

CAPITULO I

EL CONVENIO, DEFINICION Y CLASIFICACIONES

Los autores coinciden en que lo normal y natural es que la quiebra finalice con la realización del patrimonio del deudor y el subsiguiente reparto de su importe entre los acreedores. Pero a veces, por no decir casi siempre, interesa más a los acreedores llegar a un acuerdo con el deudor que evite daños y ahorre gastos improductivos. Por eso algunos autores han considerado que el convenio "es la forma más importante de conclusión de la quiebra". Ripert, por ejemplo, escribe que "el concordato es la solución ideal de la quiebra... El negocio no se hunde. Los acreedores obtienen generalmente más de lo que les daría la liquidación de los bienes. De ahí que esta solución figure en el Código de Comercio antes de cualquier otra". (1) Y Provinciali: "Las ventajas que el concordato representa son comunes, tanto para el quebrado como para los acreedores; éstos, perciben en seguida (o casi) lo que obtendrían al final del procedimiento, limitando la pérdida de intereses y ahorrando la progresiva erosión de las costas, lo que se refleja en una mayor disponibilidad de activo; el deudor, puede obtener la rehabilitación, haciendo cesar los efectos personales de la quiebra, adquiriendo nuevamente sus actividades y tal vez el crédito perdido". (2) Resumiento: para todos el convenio o concordato es el modo más práctico y eficaz de poner fin a la quiebra, el más ventajoso. De aquí el que

le hayamos dedicado todo el interés de nuestra investigación,

DEFINICIONES Y CONCEPTOS:

Para precisar la naturaleza jurídica del convenio, vemos primero algunas definiciones que de él dan los diferentes tratadistas, partiendo de su posición doctrinaria.

Navarrini dice que el convenio "es un acuerdo entre el quebrado y sus acreedores, consideradas éstas individual o colectivamente, encaminado substancialmente a producir una más cuidadosa o más fácil y segura liquidación de los derechos de cada uno; y que, teniendo por objeto para obtener este resultado, o la liberación inmediata del deudor mediante un cobro parcial y condonación del remanente (convenio condonatorio), o la concesión de una prórroga que puede también ir acompañada de condonación parcial (convenio dilatorio), hace que cesen y sean suprimidas las condiciones esenciales de la quiebra, y, por tanto, la quiebra misma". (3)

Provinciali lo define diciendo: "El concordato es una resolución del juez mediante la cual, a la demanda del deudor y con el asentimiento de la mayoría de los acreedores (quirografarios), se concede la exención de la quiebra (concordato preventivo) o su remoción si ya se ha declarado (concordato de quiebra), en base al pago de los acreedores, y consiguiente liberación del deudor, mediante la prestación de un porcentaje o la realización

del activo por liquidación convencional". (4)

Para Rocco "el concordato es un contrato estipulado entre el deudor común y los acreedores, por el cual se modifican las relaciones obligatorias existentes entre el uno y los otros, de manera que hace cesar el estado de quiebra del deudor". (5)

En términos de Bonelli, "se llama concordato a cualquier acuerdo entre un deudor insolvente y sus acreedores en torno a sus respectivas relaciones de crédito y débito, que tenga por objeto o por efecto evitar la quiebra o hacerla cesar si ya se hubiere declarado". (6)

Satta estima que es "un acuerdo entre los acreedores y el deudor, por el cual los primeros aceptan la propuesta del segundo, dirigida a poner fin al procedimiento concursal, mediante un arreglo de sus relaciones consistente de ordinario en la oferta de pago de un porcentaje de cada uno de los créditos". (7)

Para Ramírez, se entiende por convenio o concordato "todo acuerdo plurilateral entre un deudor y sus acreedores, que tiene por objeto la cancelación de sus recíprocas relaciones crediticias, al margen de la liquidación forzosa que la quiebra entraña". (8)

Y Ripert escribe que "el concordato es un contrato celebrado entre el deudor y sus acreedores con homologación de la justicia y por el cual el fallido se obliga a pagar a sus acreedores, en todo o en parte, inmediatamente o a plazos, con la condición de que será liberado ~~respecto a ellos y que la quiebra será clausurada~~". (9)

Como es fácilmente observable, hay tantas definiciones de convenio como tratadistas han escrito sobre el tema, pero las aquí transcritas creemos que son las más representativas de los diferentes planteamientos que encontramos en doctrina.

Teniendo como fundamento las ideas que en capítulo posterior se expondrán en orden a la naturaleza jurídica del concordato, en nuestra opinión, y sin que pretendamos añadir nada nuevo, el convenio es un contrato que celebran deudor y acreedores con el objeto de poner fin a la ejecución y al que la ley, previa homologación judicial, otorga su fuerza vinculante.

VARIAS CLASES DE CONCORDATO:

Encontramos diversas clasificaciones de los convenios por parte de los autores, e incluso también por parte de las legislaciones positivas. Los criterios que suelen seguir de ordinario se basan en que el convenio se dé antes o después de la declaración de quiebra, -ya sea que persiga evitarla o ponerle fin-, o tomando en cuenta si en ellos interviene o no la autoridad judicial.

Navarrini hace una distinción entre "convenio de quiebra" y "convenio antes de la quiebra", agregando a continuación otra clasificación que a su juicio es la que distingue netamente un convenio del otro: la de "convenio amistoso y convenio de masa". Apunta el distinguido Profesor italiano: "Se llama convenio amistoso al ultimado entre el deudor y los acreedores aislados; de masa, al ultimado entre el deudor y la masa. El convenio de masa no

puede evidentemente producirse más que ~~da~~ la quiebra, porque no se puede hablar de masa sino una vez producida la quiebra; el convenio amistoso puede darse ya sea antes de la quiebra, ya sea -para la hipótesis que hace la ley- durante la quiebra. El convenio de masa será siempre judicial, en cuanto encabeza la cesación de la quiebra, y para tal cesación es preciso, lógicamente, que intervenga el magistrado, como intervino para su declaración; el convenio amistoso será judicial (convenio amistoso judicial) cuando se produzca durante la quiebra, en cuanto también tendrá por efecto hacer cesar la quiebra, pero no cuando se produzca antes (convenio amistoso extrajudicial), en éste faltaría toda razón para la intervención del magistrado". (9).

Señala también la existencia de un convenio anterior a la quiebra que es siempre de carácter judicial y que en las legislaciones donde se encuentra, lo regula una ley especial: el convenio preventivo.

Esta clasificación es, a nuestro juicio, la mejor, por apuntar con precisión y claridad todas las variedades de convenios que es dable encontrar en la doctrina y en las legislaciones positivas.

Provinciali, por su parte, distingue entre concordato judicial, de masa o de mayoría, y concordato extrajudicial o por unanimidad.

Cuzzi y Cicu hablan de convenio amistoso anterior a la quiebra, y concordato posterior a la quiebra.

Satta hace la distinción entre "los acuerdos fuera

de la quiebra y en la quiebra".

Dentro de nuestra legislación, parca y escasa, cabe distinguir entre convenio amistoso y convenio de masa u obligatorio; encontrando también, en el artículo 563 del Código de Procedimientos Civiles, algunos elementos propios del concordato preventivo, pero sin una regulación adecuada. Según lo dispuesto al efecto por el nuevo Código de Comercio, sólo podrán celebrarse los convenios dentro del juicio, eliminando con ello los convenios extrajudiciales al exigir siempre la intervención del Juez.

CAPITULO II

EL CONVENIO DE MASA U OBLIGATORIO

Es el que reúne las características propias de los convenios dentro del concurso, sea éste civil o comercial. Podemos decir que es un acuerdo tomado por la mayoría de los acreedores, ante una propuesta hecha por el deudor, para ponerle fin a la quiebra. Sus elementos característicos, dentro de la doctrina y de las legislaciones, serían: a) la existencia de un juicio de quiebra; b) la aprobación por mayoría; c) la intervención judicial; d) la terminación del juicio.

Bonelli escribió que "concordato judicial o de masa es aquél en el cual la masa concurrente, como ente colectivo, contrata con el quebrado, vinculando no sólo a sus componentes, sino también, por disposición de la ley, a los componentes de la entera masa concursal, limitando o restringiendo sus respectivos créditos, y aun extinguiéndolos". (10).

También las legislaciones, a más de la doctrina, aceptan el convenio mayoritario, de masa u obligatorio como modo de poner fin a la quiebra. Nuestra legislación no es la excepción, y así lo encontramos regulado en las disposiciones del nuevo Código de Comercio y en las respectivas del Código de Procedimientos Civiles.

Si el convenio de masa lo que busca es poner fin al juicio de quiebra y satisfacer en lo posible a los acreedores, se comprende que sólo tenga como único contenido el

modo de satisfacer los créditos y como esa satisfacción, lógicamente, no puede ser total, los autores y las legislaciones al referirse al contenido de este convenio, hablan de "cesión de bienes", de "quita" y de "espera". Estas modalidades no son incompatibles entre sí, por lo cual pueden acogerse conjuntamente.

Navarrini, al referirse a estos aspectos, dice: "El contenido de la propuesta de convenio se resuelve necesariamente o en una dilación o en una reducción de los créditos o en una dación en pago; o en fin, en una variada combinación de los diversos elementos. No habría convenio, sino pago, cuando los acreedores recibiesen inmediata e íntegramente la cosa objeto de la prestación". (11).

Brunetti comentando la legislación italiana, apunta que el convenio "ha quedado como acuerdo puro y simple de remisión parcial de las deudas o de posible dilación en el pago de la cuota no remitida", ya que el legislador italiano "no admite que el convenio pueda hacerse por abandono del activo (la llamada cessio bonorum)". (12).

Y Rodríguez, en la legislación mejicana, se refiere al concordato de masa diciendo que es "aquel acuerdo celebrado entre el deudor y sus acreedores, en junta debidamente constituida, con intervención del Juez, que lo aprueba o desaprueba, con objeto de conceder una quita, una espera, una dación en pago o cualquier pacto respecto de las obligaciones del deudor quebrado, cuyos efectos se extienden no sólo a los acreedores presentes, sino incluso a los ausentes". (13).

En síntesis, en las legislaciones y en la doctrina encontramos dentro del convenio de masa, por una parte, el convenio remisorio o condonatorio que es el que tiene lugar cuando el deudor hace a los acreedores una oferta de pago de un porcentaje del crédito, con lo cual se libera el quebrado y los bienes objeto de la ejecución colectiva. En la opinión de la mayoría de los tratadistas, el pago total no constituye concordato, así como tampoco lo constituye una remisión total de los créditos. Este convenio remisorio consiste, pues, en una quita o remisión de parte de los créditos.

Encontramos también el concordato dilatorio, o concordato a término, que es el que tiene lugar cuando la oferta consiste en que se conceda una dilación, un plazo, una espera, dentro de la cual el deudor se obliga a pagar (pago total del pasivo). En la opinión de distinguidos tratadistas italianos, -tal el caso de Brunetti-, un concordato "solamente dilatorio" no se podría concebir, por considerarlo una duplicidad del sistema de administración controlada existente en la legislación italiana; pero la mayoría disiente de ese criterio y admiten el concordato dilatorio diciendo que no es un doble de la administración controlada puesto que no está vinculado a los presupuestos, al término y a los controles de ésta.

Se da también el concordato remisorio y dilatorio cuando se mezclan las dos formas anteriores y la pro -

puesta consiste en el pago de un porcentaje dentro de un plazo determinado, con garantías para el pago.

Y por último, el convenio de masa puede adoptar la forma de un concordato por abandono del activo, o cesión de bienes. Consiste en la oferta que el deudor hace a los acreedores de abandonarles todo su activo, con la inmediata liberación del quebrado. La cesión es de todos los bienes existentes en el activo de la quiebra. Este convenio no satisface a muchos autores. Ripert, entre ellos, escribe: "No satisface al deudor que ve todo su patrimonio liquidado... ni tampoco a los acreedores que no saben cuál será el dividendo que recibirán. De ahí que su uso sea raro". (14). Entre los italianos lo combate Brunetti. Sin embargo, Provinciali lo defiende, incluso manifiesta que "el que la ley no lo prevea expresamente, no quiere decir nada; es una de sus muchas imperfecciones".(15). En la legislación española Ramírez lo incluye dentro de los contenidos del convenio de masa, aunque la ley no lo dice en forma expresa.

En nuestra legislación, el articulado respectivo del nuevo Código de Comercio sólo hace alusión a las remisiones y a los plazos, pero no se encuentra tampoco una prohibición expresa de la cesión de bienes, y en el artículo 918 del mismo cuerpo de leyes nos encontramos con que "... el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que estimen convenientes..." Y en el artículo 964 del Código Civil, referente a las condiciones que deben reunir los convenios para que surtan efectos, no se

encuentra tampoco ningún impedimento a la cesión de bienes, por lo que podemos afirmar que entre nosotros, el convenio de masa o de mayoría puede tener por contenido una quita, una espera, una cesión de bienes, o cualquier combinación de estas formas, siempre y cuando se ajuste a las regulaciones respectivas.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DEL CONVENIO DE MASA

Determinar la naturaleza jurídica del convenio de masa constituye un tema profundamente controvertido en doctrina, fundamentalmente por el hecho de que, aun cuando sólo sea aprobado por un grupo de acreedores (mayoritario desde luego), el convenio vincula a los acreedores disidentes, y -lo que es más complejo-, a los ausentes. Esto es, el acuerdo que se adopte afecta a todos los acreedores sin distinción. Los combates doctrinarios son enconados y las opiniones de los autores, disímiles. Nos referiremos a continuación a las más frecuentes y destacadas.

Para explicar la razón jurídica por la cual la mayoría de los acreedores puede imponer su voluntad a los disidentes y a los ausentes, la mayor parte de los autores formula su criterio fundamentándolo en los principios del derecho de la contratación. Es decir, explican el convenio como contrato. Remiten su especial eficacia al mecanismo de la voluntad contractual, acudiendo a la fuerza vinculante del contrato para explicar la naturaleza jurídica del convenio.

En apoyo de la teoría contractual dice Navarrini: "Que el convenio sea un contrato entre el deudor y los acreedores aislados, o entre el deudor y la masa de sus acreedores, no puede ciertamente dudarse". Y luego: "... hacen del consentimiento encaminado a producir vín

culos jurídicos entre las partes, el elemento esencial de este negocio jurídico; consentimiento del quebrado, consentimiento de sus acreedores". (16).

Bonelli escribe: "El concordato tiene base contractual... La base contractual del concordato para to dos los acreedores concurrentes, comprendidos los disi dentes, es, para nosotros, harto clara". (17).

También podríamos incluir -en principio- a Satta dentro de este grupo, cuando afirma categórico: "Que se trate de un contrato, es decir, de un acuerdo destinado a regular una relación jurídica patrimonial, no es posible ponerlo en duda. La fuente de este reglamento es, indudablemente, la voluntad de las partes, es decir, de los acreedores y del deudor, ... no lo homologación del Tribunal". (18).

Esta posición contractual recibe fuertes críticas provenientes de otro grupo de tratadistas en cuyo parecer las doctrinas contractualistas no explican nada. Provinciali se destaca por sus enérgicos argumentos: "Este fenómeno no se explica con las teorías contractualistas sobre el concordato" dice. "No basta, según una vieja argucia dialéctica, decir que se trata de un contrato sui generis cuando son los propios elementos connatu rales del contrato (libertad, autonomía, etc.) los que faltan". (19). Y luego: "La concepción de la naturaleza contractual del concordato repugna a las funciones de esta institución y, en general, de la quiebra". (20). Las críticas acerbas de Provinciali se comprenden fácilmente

te si se observa que, en su concepto, la materia de quiebra es de orden pública, de derecho público, mejor aún: administración pública de intereses privados.

Cicu también está entre los críticos: "Consideramos que con la construcción contractual no puede explicarse el vínculo respecto de los acreedores inasistentes ni respecto de la minoría disidente. ...La causa del vínculo para los disidentes y los inasistentes no necesita fundarse en la voluntad privada ya que él sólo es una consecuencia de la situación creada a todos los acreedores por la declaración de quiebra, una exigencia del procedimiento concursal". (21).

Sin embargo, como apuntamos anteriormente, la doctrina contractual cuenta a su favor con la mayoría de los autores y de las jurisprudencias.

Tenemos también como explicación a la especial naturaleza jurídica del convenio otro grupo de teorías, las denominadas "procesales" de las cuales son partidarios todos aquéllos que no creen que el solo consentimiento, la voluntad de una mayoría de acreedores, sea argumento suficiente para obligar a quienes no han concurrido al convenio y a quienes no lo aprobaron, supuesto que, como sabemos, un contrato sólo tiene fuerza vinculante entre las partes contratantes.

Entre estas teorías procesales encontramos la de la "sentencia judicial". Hace derivar la fuerza obligatoria del convenio de la intervención judicial que se concreta en la sentencia. Según esto, la voluntad con

tractual de las minorías disidentes la crearía la decisión del Juez; la minoría está ligada a lo decidido por el Juez, "el cual no ratifica un derecho creado mediante el contrato, sino que crea sin más ese derecho", como dice Navarrini.

También está la teoría del "contrato procesal". Aquí el convenio es un contrato procesal, que obliga por darse en él, a la vez, el acuerdo entre el deudor y la mayoría y la aprobación del Tribunal. Según opina Brunetti, "las teorías procesales son las que han encontrado mayor crédito en la doctrina moderna".

Existen además las "teorías legales" que hacen descansar la fuerza obligatoria del convenio en la imposición de la ley.

Dentro de estos campos encontramos a Provinciali para quien el concordato -en definitiva- es una resolución del juez. A Cicu, quien escribe: "Anticipemos que aun los contractualistas reconocen que el contrato no tiene fuerza por sí mismo para poner término al estado jurídico creado por la declaración de quiebra, fuerza que debe atribuirse, en todos los casos, a la resolución del Juez que homologa el concordato", (21) y agrega: "Ante la necesidad de justificar tal obligación creemos, en cambio, que la resolución de la mayoría carece del carácter de negocio jurídico, siendo un presupuesto en que la ley se apoya para poner término, mediante resolución del juez, al estado y a los efectos de la quiebra". (22).

Garrigues señala "la complejidad del convenio como

institución jurídica integrada por factores contractuales (de interés privado) y procesales (de interés público)" para concluir que "la génesis y el contenido son contractuales" ya que "como todo contrato, supone el convenio una proposición y una aceptación entre dos partes que quieren regular una cuestión de intereses (forma de satisfacción de unos créditos)"; pero que "a diferencia de todo otro contrato y de todo otro acuerdo de colectividad, el convenio necesita de la aprobación judicial para surtir efectos" aunque "esta aprobación no altera la base contractual del convenio dándole el carácter de sentencia judicial", toda vez que "el Juez se limita a sancionar un acuerdo que tiene trascendencia al procedimiento. Pero no añade nada al contenido de ese acuerdo, ni puede modificarlo en un ápice". (23).

Ramírez sostiene que "el convenio o concordato es un contrato entre el quebrado y sus acreedores que, por ser celebrado en el juicio de quiebra con el propósito de ponerle fin, sustrayéndolo, por tanto, a su normal desenvolvimiento, precisa, para su eficacia o vinculación de la sanción jurídica"; esto es "contrato y acto procesal". (24).

Como es fácil de apreciar, doctrinariamente la controversia es enconada y no logra poner de acuerdo a los autores quienes se critican, se rebaten y hasta cambian de opinión. Al amparo de lo que dispone nuestra legislación intentaremos exponer nuestro criterio, fundamentado también en los principios doctrinarios examinados.

No puede dudarse que el convenio es un instituto jurídico en el cual encontramos elementos contractuales (los intereses privados en juego) y elementos procesales (de interés público) y ambas clases de elementos lo caracterizan.

Expresa el artículo 964 del Código Civil: "Para que el convenio con el insolvente surta sus efectos y pueda obligar a los acreedores opuestos y a los que oportunamente no se hubieren presentado, debe reunir las condiciones siguientes: 1º. Que las proposiciones del deudor sean hechas y deliberadas en juntas de acreedores legalmente convocadas, y no fuera de ellas, ni en reuniones privadas. 2º. Que expresamente consienta en el convenio un número de acreedores competente para formar la mayoría exigida por el artículo 948 (sea, mayoría de votos personales presentes que representen las tres cuartas partes del valor de todos los créditos). 3º. ... 4º. Que el convenio sea aprobado por sentencia ejecutoriada". Y nos dice el nuevo Código de Comercio:

Artículo 919.- "...el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que estimen convenientes..."

Artículo 921.- "Toda proposición formal de convenio deberá ser hecha y discutida en junta general, especialmente convocada al efecto..."

Artículo 925.- "Aprobado el convenio por la junta,.. Si entre los quince días posteriores a la primera publicación no se presentare incidente alguno, el Juez

resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo. Esa resolución, para todos los efectos legales, tiene el carácter de sentencia definitiva".

Los textos legales transcritos no dejan lugar a dudas: primero que nada, el convenio nace de una oferta que el deudor hace a sus acreedores -constituidos en masa- y que éstos aceptan. Es decir, -como apuntaba Garrigues-, el origen y el contenido del concordato son contractuales. Pero aquí surge la cuestión: por qué obliga el convenio a quienes no fueron partes en el contrato, sea, a los acreedores ausentes y a los disidentes? Innegablemente, con base en los principios de la contratación no puede afirmarse que el voto de la mayoría obligue o vincule a la minoría disidente o ausente. Esa vinculación hay que buscarla en factores procesales. Dice Ramírez, y dice bien, que "el concierto de voluntades es el supuesto previo; la aprobación judicial, el supuesto decisivo. Sin acuerdo de voluntades, no puede haber decisión judicial; sin aprobación judicial, de nada sirve aquél concierto previo".(25) Pero en nuestro criterio la fuerza vinculante del convenio no descansa en la homologación que efectúa el Juez, en la aprobación que imparta a lo acordado por deudor y acreedores, precisamente porque el Juez no añade nada al convenio ni puede modificarlo en lo mínimo. simplemente sanciona un acuerdo ya tomado. "Y, por tanto, si el voto mayoritario de los acreedores no puede justificar, ni siquiera explicar legalmente, la vincula-

ción al convenio de los acreedores disidentes y ausentes, tampoco podría explicarla la sanción del Juez, concebida en los términos expuestos". (26). Por esto, nosotros creemos que la fuerza vinculante del convenio, su obligatoriedad para todos los acreedores es una: la ley. No ignoramos que originaria y fundamentalmente el convenio es un acuerdo, un contrato entre un deudor y sus acreedores, pero como eso no basta, no explica todas las implicaciones del convenio, creemos que es la ley y no la voluntad de los acreedores ni la decisión del Juez, la que dota al convenio de su fuerza obligatoria. Es la ley la que hace que la mayoría vincule a la minoría.

En apoyo de nuestra tesis, transcribimos de Navarri-
ni lo siguiente: "Según mi opinión, no se puede por me-
nos de relacionar directamente con la imposición de la
ley el vínculo del convenio de masa, aun frente a los dis-
conformes, a los ausentes, a los acreedores concurrentes
o concursales. No hay nada anormal en que esto sea así,
cuando se piense que es precisamente a concretas disposi-
ciones de ley a las que se relacionan los efectos particu-
lares de la quiebra, la estructura del procedimiento, las
instituciones que promueven su actuación". Y dice a con-
tinuación -valga la larga cita porque es esencial-: "To-
da colectividad organizada no puede deliberar, por razo-
nes lógicas y de necesidad, sino por mayoría; la posibili-
dad de que esta deliberación por mayoría roce y disponga
también de los derechos de los individuos, y que va más
allá de cuanto sucede en la comunidad pura y simple, se de

be admitir y encuentra amplia justificación cuando debe considerarse implícita en la composición voluntaria de la comunidad, constituida para finalidades que deben im prescindiblemente conducir a la disposición de los bienes aportados por los individuos (ej. sociedades comerciales), o cuando, como en ese caso, sea ésta una consecuencia de aquel destino -consecución de la igualdad para todos- que la ley, imponiendo la formación de la comunidad, le ha señalado indefectiblemente. Ahora bien; este destino no sería completamente alcanzado si no resultara obligatoria la voluntad de la mayoría, no solamente frente a los que forman parte de la masa, sino a todos aquéllos que hubieran pedido formar parte de ella; a éstos extiende la ley coactivamente la fuerza de la de liberación de la mayoría. La intervención de la autor dad judicial -con el elemento de la homologación- va dirigido a afirmar que la voluntad de la mayoría, a la que la ley asigna el efecto mencionado, sea verdaderamente la voluntad de la colectividad; ..." (27) Con base en todo lo manifestado anteriormente, estamos en total acuerdo con lo expuesto por el destacado Profesor italiano. Concretando, entonces, hemos de concluir que el convenio es un contrato entre el deudor y sus acreedores al que la ley confiere efectos especiales.

Precisando aun más la naturaleza jurídica del convenio, cabe que hagamos referencia a ciertas características que doctrinariamente suelen atribuírsele:

1) NATURALIEA UNILATERAL O BILATERAL DEL CONVENIO:

Se discute en doctrina si el concordato es un contrato unilateral o bilateral. Apunta Navarrini que la discusión "es una cuestión que tiene importancia práctica, porque se refleja después en las consecuencias que habrán de derivar de su incumplimiento". (28). En la legislación española, el artículo 1124 del Código Civil prescribe las consecuencias del incumplimiento. Entre nosotros, la importancia práctica de la discusión casi no existe, toda vez que la ley no ha regulado explícitamente las consecuencias del incumplimiento, según analizaremos detenidamente en posterior capítulo.

Quienes apoyan la tesis de la unilateralidad del convenio dicen que el deudor no asume obligaciones nuevas, supuesto que son siempre las antiguas obligaciones, reducidas o modificadas por el acuerdo, las que siguen pesando sobre él. Lógica consecuencia será el que si sólo los acreedores asumen obligaciones, no pueda hablarse del convenio como contrato bilateral.

En opinión de otro grupo de autores, "es preferible considerar el convenio como contrato bilateral" (29) (Navarrini). El distinguido tratadista italiano fundamenta su posición analizando las obligaciones del deudor, las cuales, si bien no son nuevas ni más gravosas, "forman y determinan la condición jurídica del deudor en el nuevo contrato que realiza, del cual vienen a constituir parte integrante". (30). Ahondando la estructura del convenio, es innegable que nos encontramos con que

consagra obligaciones recíprocas. Luego entonces, hemos de admitir el carácter bilateral del convenio.

Propiamente hablando, no podría decirse que han surgido del convenio obligaciones nuevas, ni para el deudor ni para los acreedores, toda vez que el convenio no entraña ni supone novación. Las obligaciones son las mismas que ya existían anteriormente, con las modificaciones que se les hayan introducido de reducir las o aplazarlas, pero las mismas en fin. Por tanto, si bilaterales eran las obligaciones originales, bilaterales seguirán siendo ya que el convenio no las altera en su naturaleza esencial, y bilateral será también el convenio que las contiene.

2) EL CONVENIO, CONTRATO UNICO:

Es éste uno de los escasos puntos donde encontramos uniformidad en el parecer de los autores, uniformidad que podemos resumir en la frase de Navarrini: " el contrato es innegablemente único ". El convenio no es un contrato entre el deudor y cada uno de sus acreedores aisladamente considerados, lo cual produciría tantos contratos como acreedores haya, sino más bien un acuerdo entre el quebrado y la masa de sus acreedores . Las partes contratantes son: "el deudor, de una parte, y, de otra, no los acreedores aislados, sino su masa".

(31)

Al respecto escribe Bonelli: " el convenio de masa es aquel en el cual la masa concurrente, como ente

colectivo, contrata con el quebrado, vinculando no sólo a sus componentes, sino, por disposición de la ley, a los componentes de la entera masa concursal". (32).

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 964 del Código Civil, podemos afirmar que dentro de nuestro derecho positivo el concordato es un contrato único celebrado entre el deudor y la masa de sus acreedores. Prescribe el artículo 964, inciso 1º:

"Para que el convenio con el insolvente surta sus efectos y pueda obligar a los acreedores opuestos y a los que oportunamente no se hubieren presentado, debe reunir las condiciones siguientes: 1º) que las proposiciones del deudor sean hechas y deliberadas en juntas de acreedores legalmente convocadas, y no fuera de ellas, ni en reuniones privadas..."

Del propio modo señala el artículo 922 del nuevo Código de Comercio:

"Será nulo el convenio particular de un acreedor o de un grupo de acreedores con el quebrado;..."

Esto es, el convenio particular está prohibido por la ley y sancionado con nulidad, razón por la cual se ha prevenido en el artículo 921 del mismo cuerpo de leyes:

"Toda proposición formal de convenio deberá ser hecha y discutida en junta general, especialmente convocada al efecto..."

3) EL CONVENIO, CONTRATO ONEROSO:

En rigor de principios, si contratos onerosos son, según la definición de Castán, "aquellos en que cada una de las partes aspira a procurarse una ventaja, mediante un equivalente o compensación" habremos de concluir en que el convenio es un contrato oneroso, toda vez que en él "cada una de las partes tiene una ventaja equivalente: el deudor, la de obtener una reducción o una dilación o las dos cosas a la vez; los acreedores, la de evitar, con el sacrificio que realizan, el alea y la desventaja de una liquidación". (33).

Bonelli, sin embargo, no es partidario de este criterio y dice que si bien el sacrificio que realizan los acreedores no puede calificarse como un acto de liberalidad, no por ello puede decirse que sea un contrato oneroso, ya que nada reciben a cambio de su sacrificio. Pero es indudable que sí obtienen los acreedores ventajas con el convenio, esencialmente, seguridad en la efectividad de sus créditos, lo cual puede reforzarse aun más si en el concordato un tercero se constituye fiador del deudor. No hay pues liberalidad sino provecho; habrá entonces un contrato oneroso.

4) EL CONVENIO Y LA NOVACION:

Otro punto cuestionado en la doctrina es si el convenio implica novación. La mayoría de los autores emiten criterio negativo, salvo que se pacte la sustitución del deudor por un tercero, o se asuman nuevas obligacio-

nes en lugar de las anteriores, circunstancias en las que sí se da claramente una novación. Bonelli manifiesta que, con excepción de los casos apuntados "el concordato no importa de por sí novación, porque ni la prórroga del término, ni la reducción del crédito, ni la unión de los dos hechos, que vienen a ser el contenido normal del concordato, son suficientes a operar novación de una obligación. La acción del acreedor sigue siendo la que tenía, pues no adquiere con el concordato ni un nuevo derecho, ni un nuevo título". (34).

En el criterio de Satta no puede hablarse de novación porque corrientemente lo que se da es una simple modificación de la obligación originaria, sin desechar del todo la posibilidad de una novación por pacto especial al respecto.

Navarrini es de la misma opinión: " El convenio no implica novación. Sigue rigiendo la antigua obligación que ligaba a deudor y acreedores, si bien modificada por el convenio..." (35).

De conformidad con nuestro ordenamiento positivo debemos concluir, con la mayor parte de los tratadistas, que el convenio no entraña novación salvo que se pacte la sustitución del deudor o el cambio de las obligaciones. El artículo 815 del Código Civil apunta claramente que la novación no se presume, necesitándose que conste la voluntad de otorgarla, ya sea por que resulte claramente de los términos del nuevo contrato, o de los hechos acaecidos entre las partes.

Si la novación no se presume y si no se produce transformación alguna en las obligaciones existentes, las que sólo se modifican en forma no esencial, no podemos hablar de novación en el convenio puesto que ésta, según prescribe el artículo 814 del Código Civil, sólo se efectúa al sustituirse el antiguo deudor o al variar el objeto o la causa de la obligación. Únicamente en estos casos, el convenio podría implicar novación.

5) EL CONVENIO Y LA TRANSACCION:

Es fuente de controversias doctrinarias, también, el determinar si el convenio implica una transacción.

La mayoría de los tratadistas sostienen que el convenio no es una transacción por cuanto: a) en el proceso de quiebra no hay una litis propiamente dicha; b) en el convenio faltan, o pueden faltar, las recíprocas renunciaciones o concesiones por la incertidumbre del derecho, esenciales en toda transacción. Por las razones apuntadas, en el criterio de Navarrini, "la opinión preferible es la negativa". Del mismo parecer es Lenelli.

Los que sostienen que sí se da la transacción en el convenio, fundamentan su opinión en que: a) para poder hablar de transacción basta con la incertidumbre en la realización o efectividad del derecho, no precisándose la incertidumbre del derecho; y "en el convenio los acreedores adquirirían la certidumbre de la realización sin esperar ni someterse a la incertidumbre de la liquidación de quiebra". (36); y b) que la quiebra es, innegablemente, un proceso de or-

jecución forzosa.

Abandonando la teoría, donde los autores se encuentran fuertemente divididos, examinemos nuestro derecho positivo. De conformidad con las disposiciones pertinentes de nuestro Código Civil, no queda más remedio que aceptar que el convenio aprobado judicialmente implica una transacción. El artículo 967 del citado Código dice que "aprobado el convenio por sentencia ejecutoriada, producirá los derechos y obligaciones de una transacción", lo cual implica que esa sentencia produce cosa juzgada, cerrándose el camino para entablar posteriores demandas ordinarias contra el concordato.

El artículo 1309 del Código Civil español define la transacción como "un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado". Aceptando que el convenio pone fin al proceso de quiebra y siendo ésta un juicio propiamente dicho, la conclusión que se impone es una: el convenio concursal es una transacción. Dicho en otros términos: un contrato transaccional.

N O T A S

- 1)- Ripert, Tratado Elemental de Derecho Comercial, pág. 409
- 2)- Provinciali, Tratado de Derecho de Quiebra, pág. 44
- 3)- Navarrini, La Quiebra, págs. 340/341
- 4)- Provinciali, op. cit. pág. 61
- 5)- Bocco, Principios de Derecho Mercantil, pág. 225
- 6)- Bonelli, cit. por Ramírez, La Quiebra, Tomo III, pág. 127
- 7)- Satta, Instituciones del Derecho de Quiebra, págs. 387/388
- 8)- Ramírez, La Quiebra, Tomo III, pág. 123
- 9)- Ripert, op. cit. pág. 408
- 9 bis)- Navarrini, op. cit. págs. 342/343
- 10)- Bonelli, cit. por Ramírez, op. cit. págs. 133/134
- 11)- Navarrini, op. cit. pág. 360
- 12)- Brunetti, cit. por Ramírez, op. cit. pág. 137
- 13)- Rodríguez, Derecho Mercantil, pág. 32
- 14)- Ripert, op. cit. pág. 424
- 15)- Provinciali, op. cit. pág. 63
- 16)- Navarrini, op. cit. pág. 343/344
- 17)- Bonelli, cit. por Ramírez, op. cit. pág. 148
- 18)- Satta, op. cit. pág. 390
- 19)- Provinciali, op. cit., págs. 43 y s.s.
- 20)- Provinciali, op. cit. pág. 55
- 21)- Cicu, Derecho Comercial - De la Quiebra, Tomo II, pág. 179/180
- 21 bis)- Cicu, op. cit. pág. 179
- 22)- Cicu, op. cit. pág. 130

- 23)- Garrigues, Tratado de Derecho Mercantil, Tomo II, págs. 527/528
- 24)- Ramírez, op. cit. pág. 153
- 25)- Ramírez, op. cit. pág. 151
- 26)- Ramírez, op. cit. pág. 59
- 27)- Navarrini, op. cit. págs. 376/377
- 28)- Navarrini, op. cit. pág. 346
- 29)- Navarrini, op. cit. pág. 347
- 30)- Navarrini, op. cit. pág. 347
- 31)- Navarrini, op. cit. pág. 344
- 32)- Bonelli, cit. por Ramírez, op. cit. pág. 149
- 33)- Navarrini, op. cit. pág. 348
- 34)- Bonelli, cit. por Ramírez, op. cit. pág. 153
- 35)- Navarrini, op. cit. pág. 344
- 36)- Navarrini, op. cit. pág. 348

SEGUNDA PARTE
PROCEDIMIENTOS DEL CONVENIO

Cabe ahora, una vez concluido el análisis doctrinario del convenio, su esencia y naturaleza, examinar la tramitación propia de esa "fase del procedimiento de quiebra" que es el concordato, según expresión de Provinciali. Supuesto que se trata de un procedimiento completo, analizaremos todas sus etapas, actuaciones y efectos, desde la demanda o petición inicial hasta la resolución judicial final.

En términos generales, señala la doctrina las siguientes etapas:

- I. - Iniciativa
- II. - Admisión a trámite
- III. - Aprobación Judicial u Homologación; sus efectos
- IV. - Impugnación del convenio aprobado; resolución y anulación del concordato.

CAPITULO I

INICIATIVA DEL CONVENIO

1) LEGITIMACION PARA PROPONER CONVENIOS:

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 963 del Código Civil, corresponde al deudor no a los acreedores, ni tampoco indistintamente, la iniciativa del convenio. Señala el artículo :
"... puede el insolvente hacer a los acreedores las proposiciones que a bien tenga sobre el pago o arreglo de sus deudas".

Y el artículo 964, al enumerar los requisitos para la validez del convenio, expresa en su inciso lo. : "Que las proposiciones del deudor sean hechas y deliberadas..." No alude en ningún momento a que esas proposiciones puedan ser hechas por los acreedores

Sin indicarlo expresamente, se deduce con facilidad del Código

go de Procedimientos Civiles que es el deudor quien hace la proposición para celebrar un acuerdo con sus acreedores (artículos 623 y 624).

Al respecto el Código de Comercio, en su artículo 918, indica: "... el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que es timen convenientes". En el artículo 921 pareciera precisarse un poco más: "... Esa proposición (la del convenio) deberá presentarse al juzgado con la solicitud de convocatoria a la junta, y estará a disposición de los acreedores para su estudio". Esto es, el quebrado hace la oferta y los acreedores la estudian para ver si la aceptan o no. Y en el artículo 892, correspondiente al capítulo de Juntas de Acreedores, da la idea de que resuelve claramente la cuestión cuando expresa:

"También se convocará a los acreedores cuando el deudor , un acreedor o un tercero extraño al concurso quieran proponer un arreglo. En ese caso debe acompañarse el proyecto de arreglo para que lo conozcan los acreedores antes de celebrar la junta".

De los artículos transcritos concluimos que en nuestra legislación civil, la legitimación para proponer convenios corresponde al deudor; todo pareciera indicarlo así, aunque incuestionablemente no esté contenido en ninguno de los textos legales precitados. En la legislación mercantil esa legitimación se concede al deudor, a los acreedores y -con una amplitud que pareciera excesiva- también un tercero puede proponer convenios. Ahora bien, no a todos los deudores se les confiere el derecho, a tenor de lo prescrito en la parte final del artículo 918 del Código de Comercio: "... No podrá hacer proposiciones de convenio el

deudor cuya quiebra haya sido declarada fraudulenta. Tampoco podrá hacerlas quien no haya cumplido otro convenio anterior".

La solución al punto no es uniforme en todas las legislaciones, En el derecho español, esa legitimación corresponde por igual al quebrado y a sus acreedores.

En la legislación italiana, conforme lo indican Satta y Provinciali, es el deudor (o su mandatario) quien hace la propuesta a los acreedores, bajo forma de demanda dirigida al juez. En el derogado Código de Comercio italiano sí se confería legitimación a los acreedores e incluso al curador (evidentemente en representación de la masa).

En la ley mejicana se da una legitimación heterogénea, pudiendo hacer la proposición el quebrado, el Síndico o los acreedores.

A la luz de los principios que informan el derecho de la contratación, la iniciativa para proponer el convenio debería corresponder a todos los sujetos del mismo, empero, como un argumento más a favor de la tesis de la concepción del carácter público del concordato, la mayoría de las legislaciones otorgan esa iniciativa únicamente al sujeto pasivo del mismo, sea, al deudor.

2) MOMENTO EN QUE PUEDE PROPONERSE:

En orden al momento procesal en que un convenio de masa puede ser propuesto, nuestra legislación civil permite que puedan celebrarse antes o después de la Junta de Calificación de Créditos. Así, el Código de Procedimientos Civiles, artículo 623, prescribe que en cualquier momento que el deudor advierta al Juez la proposición de un convenio, si alguien ofrece pagar los gastos de convocatoria, se convoca a Junta inmediatamente, diferenciando cuál

quier otro asunto. Por los inconvenientes lógicos a que tal disposición podría dar lugar, en el nuevo Código de Comercio -artículo 918-, se dispone que la Junta que conocerá del convenio sólo puede celebrarse "después de la calificación de créditos y antes de la distribución final". Queda circunscrito entonces, el convenio anterior a la Junta de Calificación, sólo a lo civil, y aun en este campo, armonizando las disposiciones pertinentes, se concluye en que para conocer de un convenio ya ha debido transcurrir el plazo indicado para legalizar los créditos, puesto que de lo contrario, no se sabría quiénes pueden votar en la Junta respectiva. Si se permitiera proponer un convenio en cualquier estado del juicio, aun antes de conocerse el estado pasivo del deudor, se favorecería, por razones obvias, el fraude y el abuso. Incluso, sería de desear que en nuestra legislación se incluyera el que la celebración del convenio sólo puede verificarse después del examen y reconocimiento de los créditos y después de haberse hecho la calificación de la quiebra, tal como lo prescriben la Ley de Enjuiciamiento Civil y el Código de Comercio en España.

En la legislación italiana, "la propuesta no puede ser formulada antes que se haya hecho ejecutivo el estado pasivo". (1). Apunta Provinciali: "La demanda no puede proponerse antes de la ultimación de la aprobación del estado pasivo definitivo (artículo 97 de la Ley de Quiebra), ya que antes no se conoce el importe del pasivo ni el número y calidad de los acreedores admitidos, y no sería ni siquiera posible aquella definitiva inmutabilidad en la situación patrimonial que, según veremos, es un efecto natural de la concesión del concordato". (2).

3) CONTENIDO DE LA PROPUESTA:

Como se manifestó al analizar en capítulo precedente el contenido de un convenio de masa, la propuesta puede contener, en términos generales, la oferta del pago de un determinado porcentaje de los créditos, en cuyo caso estaremos ante un convenio remisorio; o solamente indicar un determinado plazo para el pago total de los créditos (convenio dilatorio); o bien, la oferta de una cesión de los bienes; y también, una mezcla de los distintos contenidos señalados. Como bien dice Satta, lo único que en el concordato no se puede estipular "es la remisión total de las deudas, o un trato desigual de los acreedores" (3), toda vez que, como sabemos, la 'par condicio' o trato de igualdad para los acreedores es el fundamento del concordato. También, lógicamente, deben incluirse las garantías de cumplimiento que el deudor ofrece.

Al fijar el contenido de un convenio de masa no puede pensarse que haya una absoluta libertad de las partes. Hay limitaciones, justificadas en gran medida por la circunstancia de que el convenio afecta y obliga tanto a los que intervienen en él y lo aprueban, como a los que no han intervenido y a los que no estuvieron de acuerdo con él. Esas limitaciones son reglas de protección para los acreedores ausentes y disidentes, puesto que sus derechos se ven afectados por la ley de la mayoría. Esas limitaciones a la voluntad de las partes podemos exponerlas así, de conformidad con la ley:

1) El convenio debe ser hecho dentro del proceso de quiebra y no fuera del mismo. Al efecto dispone el artículo 964 del Código Civil, inciso lo. "que las proposiciones sean hechas y deliberadas en juntas de acreedores legalmente convocadas, y no fuera de ellas ,

ni en reuniones privadas". Y el 921 del nuevo Código de Comercio lo ratifica: "Toda proposición formal de convenio deberá ser hecha y discutida en junta general, especialmente convocada al efecto..." Y agrega el 922: "Será nulo el convenio particular de un acreedor con el quebrado; si se hiciere el acreedor o acreedores perderán cuantos derechos tengan en la quiebra, la cual por ese solo hecho, será calificada de culpable".

2) De lo cual deducimos una segunda limitación: que el convenio ha de ser hecho en forma colectiva, sea, con la masa de acreedores y no en particular con cada uno de éstos o de lo contrario éstos perderán sus derechos y la quiebra se tendrá como culpable.

3) El convenio ha de ser hecho en forma pública y no ~~en secreto~~. Dispone el artículo 921 in fine (Código Mercantil):

"... Esa proposición deberá presentarse al juzgado con la solicitud de convocatoria a la junta, y estará a disposición de los acreedores para su estudio".

4) Otra limitación que señala la ley y que subraya enfáticamente la doctrina es el respeto del convenio a la igualdad de los acreedores. El convenio no puede establecer condiciones desiguales para los acreedores. Expresa el artículo 964 del Código Civil en su inciso 3o. :

"Que se acuerden iguales derechos a todos los acreedores a quienes comprende el convenio, salvo que los perjudicados consientan en lo contrario".

Y en la doctrina Navarrini dice: "La cuota de participación de cada acreedor en la masa común es fijada con la verificación, y no puede variarse por deliberación de la colectividad. Esta puede disponer de los créditos en bloque, no puede variar las condiciones de

cada uno".

Y en la doctrina encontramos otras limitaciones que es importante anotar:

5) El convenio no puede comportar la aceptación personal de obligaciones por parte de los acreedores. Anota Navarrini: "Esto excedería de los fines para los cuales la masa de quiebra ha sido constituida: llegar a la satisfacción de los derechos de los acreedores tal como eran cuando se declaró la quiebra" (4).

6) Imposibilidad de una remisión total de las deudas: Como dice Ripert, el convenio se celebra en beneficio de los acreedores y del deudor y es un acto de carácter oneroso. Una remisión total de las deudas sería un acto a título gratuito. Y con su reconocida autoridad escribe Navarrini: "El fin de la comunidad y la tarea de sus órganos van dirigidos a la mejor satisfacción de los créditos comunes"; por tanto: "no puede entrar en las funciones de la mayoría el renunciar -y hacer renunciar- de modo total a la satisfacción de los créditos" (5).

Ahora bien, dada la base contractual del convenio, regirá para éste el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud del cual, las partes pueden, ajustándose a la ley, en punto a las limitaciones señaladas, hacer las estipulaciones y pactos que estimen oportunos.

4) REQUISITOS DE LA PROPUESTA:

Con base en todo lo expuesto anteriormente, podemos resumir los requisitos de la proposición del convenio en materia mercantil así:

a) El quebrado, los acreedores y aun terceros pueden proponer un convenio (artículos 918, 921, 892 del Código de Comercio).

b) No pueden celebrar convenios los quebrados fraudulentos ni los que hubieren incumplido un convenio anterior. (Artículo 918 del Código de Comercio).

c) Solamente después de la calificación de créditos y antes de la distribución final puede proponerse un convenio. (Artículo 918 del Código de Comercio).

d) Por último, únicamente convocará el juez a la junta que debe conocer de la propuesta de convenio hecha, si alguien ofrece pagar los gastos que tal cosa demande. (Artículo 623 del Código de Procedimientos Civiles).

CAPITULO II

ADMISION POR LA JUNTA DE ACREEDORES

Una vez efectuada la proposición de convenio por parte del deudor, el juez convoca a los acreedores a una junta para conocer dicha oferta. Conforme lo dispone el artículo 623 del Código de Procedimientos Civiles, (el nuevo Código de Comercio guarda silencio en punto a notificaciones) esa convocatoria deberá publicarse dos veces consecutivas en el Boletín Judicial, con ocho días de anticipación por lo menos. En otras legislaciones, la española por ejemplo, la convocatoria se notifica personalmente a los acreedores con domicilio conocido y por edictos a los ausentes, pero en nuestro sistema se simplifica a dos publicaciones en el Boletín Judicial.

1) QUIENES ASISTEN A LA JUNTA:

En primer término, lógicamente, el deudor proponente como parte contratante que es. Con la parquedad que caracteriza a nuestra legislación en el tema en estudio, no se encuentra en ella disposición alguna acerca de si es esencial que el quebrado intervenga en persona, tal como lo dispone la legislación italiana, o si puede hacerse representar por mandatario suyo. Resolviendo el punto a la luz de los principios generales de la representación jurídica, podríamos concluir en que sí puede el deudor ser sustituido por su representante jurídico.

Asiste también el curador, el cual debe informar a los acreedores sobre la administración del concurso, las posibilidades de su continuación y sobre la posible calificación del concurso, lo cual,

innegablemente, puede influir sobre la aceptación o rechazo del convenio.

Y es de esencia, además, la concurrencia de la otra parte con tratante, sea, los acreedores, quienes intervienen también en persona, o por medio de mandatario que puede serlo otro acreedor o un abogado.

2) TRAMITE EN LA JUNTA:

Para que la junta pueda celebrarse válidamente y los acuerdos tomados obliguen a todos los acreedores, será preciso que el número de los acreedores asistentes represente, por lo menos, las tres cuartas partes del capital.

Integrada la junta en debida forma, se lee la propuesta hecha. A continuación, el curador rinde los informes indicados en párrafo precedente. En el artículo -624 del Código de Procedimientos Civiles- se dice que es el juez quien rinde estos informes; empero, es el curador quien lo hace, a tenor de lo dispuesto en el artículo 936 del Código Civil que señala la obligación de los curadores de rendir los informes del caso en cada junta de acreedores.

No encontramos en los artículos pertinentes disposiciones que regulen la forma en que se celebrará la discusión del convenio. Es dable pensar que se hará como usualmente se celebran esas juntas y que al final de las discusiones podrá introducirse reformas a la propuesta original, de conformidad con modificaciones que hayan sugerido los concurrentes, siempre y cuando, claro es, el deudor las acepte. En las legislaciones española e italiana se permite, en forma expresa, la modificación de la propuesta. ". . . en sus condiciones y modalidades es modificable, por parte del que la ha pro

puesto, o por parte de quien le afecta..." escribe Provinciali (6).

Cerrado el debate, se someterá a votación la propuesta del convenio. Acerca de quiénes pueden votar, merece la pena que hagamos un análisis breve.

Indicamos anteriormente que para que la junta pueda celebrarse válidamente se requiere la presencia del número de acreedores que represente, como mínimo, las tres cuartas partes del capital. Esto es así toda vez que, de conformidad con el artículo 948 del Código Civil, se requiere para aprobar el convenio la mayoría de votos presentes que representen las 3/4 partes del pasivo total. Es una doble mayoría, mayoría en número y mayoría en cantidad.

Absurdamente, sin justificación alguna ni base aparente, el artículo 924 del nuevo Código de Comercio, haciendo caso omiso de legislaciones y doctrina, estatuye que la mayoría requerida para la aprobación del convenio la constituyen las tres cuartas partes de la totalidad del pasivo. Únicamente voto de capital; desaparece la doble mayoría, protección y garantía de los acreedores. Un solo acreedor cuyo crédito represente las tres cuartas partes del pasivo, podría aprobar un convenio que perjudicara al resto. Para qué entonces junta de acreedores? Bastaría con preguntarle a ese acreedor mayoritario en sí mismo, si está de acuerdo o no con la propuesta hecha, (de la cual bien podría ser el autor) con lo cual habría ahorro de tiempo y dinero. Confiemos en una pronta corrección de disposición tan sui-géneris.

Ahora bien, quiénes votan? La propuesta del convenio es de concimiento de todos los acreedores, supuesto que todos se enteran a través de las publicaciones que se hacen en el Boletín Judicial convocando a la junta. El derecho de voto, sin embargo, sólo lo tienen los a -

creedores comunes o quirografarios como se les llama también. Carecen de él los acreedores con hipoteca, prenda u otro privilegio, a no ser que renuncien a su privilegio y pasen a formar parte de la masa de acreedores comunes. No ha de olvidarse que si no participan en el convenio, éste no les afectará en nada sus derechos.

Señala el párrafo primero del artículo 967 del Código Civil:

"Aprobado el convenio por sentencia ejecutoriada, producirá los derechos y obligaciones de una transacción en favor y en contra de todos los acreedores del concurso, hayan o no legalizado sus créditos; pero en cuanto perjudique a los acreedores que tengan algún privilegio o preferencia, sólo tendrá fuerza si ellos lo aceptan expresamente".

Esto es, si el acreedor privilegiado se adhiere al convenio votándolo favorablemente, éste le afectará en cuanto a porcentajes, remisiones y plazos, pasando a formar parte de la categoría de acreedores comunes. Si no lo vota, si no interviene en la aprobación del convenio, sus derechos de acreedor preferente no sufren alteración alguna.

De igual manera, el artículo 923 del Código Mercantil en sus párrafos 1o. y 2o. señala:

"A la Junta que conozca del arreglo solamente podrán asistir con voz y voto los créditos que hayan sido aceptados por la Junta y una vez firme el auto que apruebe lo acordado acerca de tal aceptación. Los créditos con garantía real no tienen derecho a intervenir en el arreglo, a menos que renuncien la garantía quedando en calidad de acreedores comunes".

Acepta, además, en forma expresa, que los acreedores privilegia

dos puedan participar del concordato por el saldo en descubierto que les haya quedado después de verificado el remate, previa legalización por supuesto.

Esta facultad que se concede a los acreedores privilegiados de participar o no en el convenio, se denomina en la doctrina española "derecho de abstención", al que Ramírez define como el "derecho a sustraerse a los efectos de un convenio de masas o votado en un juicio de quiebra" (7).

Del párrafo del artículo 967 transcrito se desprende que el acreedor privilegiado no tiene que manifestar expresamente que renuncia al convenio. Ejercita su derecho de abstención con solo no asistir a la junta o, caso de asistir, con sólo no tomar parte en sus deliberaciones ni votaciones, toda vez que "sólo tendrá fuerza si ellos lo aceptan expresamente". La aceptación es expresa, la abstención es tácita.

En la legislación italiana esa renuncia puede ser parcial, siempre y cuando no sea inferior a un tercio del crédito admitido, en capital, intereses y costas. También en nuestra legislación en base a lo dispuesto en el artículo 943 del Código Civil, la renuncia puede ser parcial, pero sin que se indiquen condiciones especiales al efecto.

Como es lógico suponer, la validez de esa renuncia del acreedor privilegiado está sujeta a la condición de que el convenio se homologue o apruebe por el Juez, porque de lo contrario quedaría anulada.

En el sistema francés y el italiano, el acreedor privilegiado que renuncia a su privilegio para participar del convenio, queda reducido a la categoría de acreedor común sin ostentar ningún grado preferente. En nuestra legislación civil se acepta el que este acreedor privi-

legiado que renuncia se asimile al acreedor común, pese a que el artículo 967 del Código Civil, atinente al caso, no lo dice expresamente. Por el contrario, en forma clara y precisa así lo prescriben los artículos 923 y 924 del nuevo Código Mercantil.

La legislación española ofrece una situación diferente: en lugar de la opción entre la conservación de la garantía y la participación en el convenio de los sistemas antes citados, en España los acreedores privilegiados pueden abstenerse de formar parte en el convenio con lo cual conservan intacto su derecho, el crédito y su garantía, "pero pueden, si lo prefieren, participar en la junta con voz y voto. En este caso la ley los somete al convenio, en cuanto implica reducción del crédito (quita) o aplazamiento (espera); pero al crédito así modificado por el convenio no lo despoja del lugar y grado que le corresponda por el carácter preferente que sigue conservando". (8).

Hay una cuestión importante que nuestra legislación civil no resuelve y es si deben o no ser tomados en cuenta los créditos privilegiados a la hora de determinar el monto de las tres cuartas partes del capital, requeridas para la aprobación del convenio.

La mayor parte de las legislaciones, la española y la italiana entre ellas, señalan que el monto de los créditos privilegiados cuyos titulares se hubieren abstenido de participar en el convenio debe ser deducido, esto es, no se computa al hacer el cálculo del porcentaje del pasivo del quebrado, imprescindible para la celebración de la Junta y la validez de los acuerdos en ella tomados. Esta solución es justa si se recuerda que a los acreedores privilegiados no les interesa el convenio toda vez que no les afecta sus

derechos, salvo que lo voten favorablemente. Justicia que se evidencia aun más al analizar que, en oportunidades, los créditos privilegiados montan una suma tal que de tomarse en cuenta siempre, harían imposible la celebración de cualquier convenio. No debe olvidarse que el convenio tiende, esencialmente, a buscar una solución favorable a los acreedores comunes.

A la luz de los principios doctrinarios y ante el silencio de nuestra legislación civil, la solución que se impone en nuestro medio es una: si el acreedor privilegiado concurre con su voto a aprobar el convenio, en cuyo caso éste le afectará, su crédito se toma en cuenta. Pero si no concurre, si permanece al margen conservando sus privilegios y garantías, debe omitirse a la hora de determinar a cuánto ascienden las tres cuartas partes de los créditos requeridos para la aprobación del convenio. Y esta misma solución, -por razones obvias-, sería aplicable al caso en que el acreedor privilegiado concurriera a la junta, pero votara negativamente el concordato.

En la nueva legislación mercantil, próxima a entrar en vigencia, se excluyen definitivamente los créditos de los acreedores privilegiados del cómputo necesario para la aprobación del concordato. (Artículo 924).

Siempre en relación a quiénes pueden votar en la junta, es interesante referirnos brevemente a ciertas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico.

Dispone, en lo que nos interesa, el artículo 949 del Código Civil:

"Tendrán voz y voto en las juntas anteriores a la de califi-

cación de créditos, todos los acreedores del concurso que consten en la lista presentada por el insolvente y rectificada por el curador provisional, o en la formada directamente por éste en el caso de que aquél no hubiere presentado ninguna".

Esto es, y conforme lo dispone el Código Civil, si se celebra re la junta para conocer del convenio antes de la junta calificadora de crédito, se presentaría el inconveniente de que en ella podrían votar acreedores cuyos créditos podrían ser rechazados en ésta, con lo cual, un acreedor con un crédito no legítimo podría influir en la aprobación del convenio. Es ésta la posible razón de que el artículo 918 del nuevo Código de Comercio disponga, según vimos, que los convenios sólo podrán celebrarse después de la calificación de los créditos.

De celebrarse el convenio una vez verificada la junta de calificación, sólo tienen voto los acreedores con créditos reconocidos, exceptuándose, por disposición de la ley, los acreedores que hubieren sido socios o dependientes del deudor en los seis meses anteriores al concurso. Sí pueden votar el convenio los parientes del quebrado a quienes no se les permitía participar en las juntas anteriores a la de calificación. En la legislación italiana, " por razones obvias de sospecha" dice Provinciali, el cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad están excluidos del voto y del cómputo de las mayorías. En el sistema español, se excluye terminantemente a la esposa del quebrado en todos los casos.

Y siempre en relación con el punto en análisis, importa la disposición del artículo 952 del Código Civil:

"El acreedor dueño de un crédito no reconocido no puede concurrir a las juntas mientras por fallo ejecutoriado no se declare que es tal acreedor; pero desde que haya iniciado el juicio respectivo, el importe del crédito demandado deberá tomarse en cuenta para computar la mayoría en la junta sobre convenio".

Es decir, los acreedores cuyo crédito ha sido rechazado no votan la aprobación o improbación de un convenio, pero el monto de su crédito se toma en cuenta para formar las tres cuartas partes del capital, siempre y cuando tengan demanda pendiente para obtener el reconocimiento de su crédito en la vía ordinaria. Si su crédito no es tomado en cuenta, este acreedor con crédito litigioso puede oponerse al convenio; sin embargo, si posteriormente se adhiere, éste será válido. (Artículo 966 del Código Civil).

Se discute en doctrina si gozará de validez el voto emitido por carta. Dos son las tendencias al respecto: los que sostienen que el convenio es un contrato manifiestan que lo que interesa es la formación de la voluntad contractual. Otros, por el contrario, apuntan que lo que debe prevalecer es el elemento deliberativo de los acreedores, no el aspecto contractual que pueda tener el convenio. Por tanto, no se podría admitir el voto por escrito, toda vez que faltaría la deliberación necesaria.

Al respecto escribe Navarrini: "Quien mantiene como relevante al elemento contractual del convenio, se muestra inclinado a admitir esta forma de adhesión; (por escrito) quien da mayor importancia a la deliberación que precede y legitima el acuerdo, propende a la opinión contraria. Pero, en la gran mayoría

tanto la doctrina como la jurisprudencia, preocupadas especialmente del interés de los acreedores lejanos o dispersos, están decididas por la validez del envío del voto por carta; ni los principios generales ni las disposiciones positivas de la ley se oponen a ello". (9).

No podemos hacer nuestras las palabras del brillante autor italiano. De conformidad con las disposiciones de nuestra legislación, hemos de convenir con la segunda teoría, supuesto que en el artículo 948 del Código Civil claramente se señala que los acreedores deben concurrir, estar presentes en la junta; y en el artículo 964 del mismo cuerpo de leyes, entre las condiciones que fija para la validez del convenio, en su inciso lo. prescribe que las propuestas sean "hechas y deliberadas en juntas". Y el artículo 923 del Código de Comercio habla de "asistir". En nuestro medio, entonces, no pueden los acreedores emitir su voto por escrito.

En la ley actualmente vigente en Italia, la votación puede hacerse íntegramente por escrito, de suerte tal que no precisa celebrar junta; simplemente hacen los acreedores llegar al juez su adhesión o su repulsa al convenio. Esto es, en la avanzada y moderna legislación italiana se ha llegado a exagerar el fundamento de carácter público del convenio con esta especial modalidad de votación que ha merecido una acerba crítica de Provinciali, con rasgos de ironía notables. Oigámosle: "La ley vigente ha querido abolir la asamblea; con ello ha suprimido toda posibilidad de discusión y ha establecido este curioso sistema, por medio del cual aprueban el concordato, no solamente aquellos que

escriben su aceptación (y nadie escribe puesto que el escribir es inútil, ya que basta el silencio), sino también aquéllos que no escriben nada: lo que puede deberse a las más variadas causas, incluso a no recibir la carta certificada del curador, o recibirla con retraso, o contestar con retraso. Puede también después de haber recibido la carta certificada, haber fallecido: pero también en este caso, su silencio, bien explicable, significa que votan y se adhieren... para votar el convenio basta permanecer en silencio en el cementerio... Solamente aquellos que escriben expresamente y temporáneamente su no aceptación, se reputan disconformes. La asamblea deliberante de la ley derogada ha sido sustituida por esta reunión epistolar, en la cual la parte más constructiva está constituida por la falta de respuestas. Por eso maravilla que por los escritores más acreditados (así Satta) se hable todavía de 'correcta formación de la voluntad colegial': la voluntad colegial no puede emanar más que del colegio, esto es, de la reunión y de la libre discusión; precisamente lo que la ley vigente ha destruido. Frente a estas constataciones, es bien pobre consolidación la de que en el criticado sistema se halle la más clara y decisiva prueba (aunque no sea necesaria) del carácter publicístico del concordato. Esto no significa deliberada ignorancia o artificial abolición del interés privado de los acreedores: el cual encontraba mayor tutela en el viejo sistema sin que ello pudiese cambiar la realidad objetiva del contenido de la institución". (10).

Ante tan demoleedores argumentos nos quedamos con nuestro sistema en el cual la junta de acreedores no es un órgano consultivo, sino un órgano deliberante y soberano.

CAPITULO III

APROBACION DEL CONCORDATO. - HOMOLOGACION JUDICIAL

Aprobado el convenio en la junta por la mayoría de acreedores señalada en el capítulo precedente, no por ello quedan éstos automáticamente obligados. Para que la obligatoriedad surja se requiere que el concordato sea aprobado judicialmente. Aprobación judicial que recibe en doctrina el nombre de "homologación". Solamente el convenio homologado tendrá valor frente a todos los acreedores, aceptantes y no aceptantes. Por qué debe ser homologado el concordato?

"El concordato votado por las mayorías prescritas por la ley no es definitivo sino después de la homologación por el tribunal cuya intervención es, como hemos dicho, requerida por las consecuencias del mismo concordato, por su obligatoriedad, no solamente para quienes lo han resuelto sino también para quienes no han intervenido en él o lo han rechazado". (11).

En nuestro ordenamiento jurídico positivo, aprobado el convenio por los acreedores, el Juez no lo aprueba de inmediato, sino que ordena publicarlo en el periódico oficial. El artículo 965 del Código Civil no dice cuántas veces debe de hacerse la publicación. En el artículo 925 del Código de Comercio sí encontramos esa indicación: "Aprobado el convenio por la junta, se publicará en el periódico oficial por tres veces consecutivas". Quince días después, el Juez entra a resolver el convenio aprobándolo o improbandolo.

En ese lapso de quince días pueden ocurrir dos cosas: a) que

los acreedores con derecho a hacerlo hayan presentado incidentes de improbación. "Precisamente porque la homologación del concordato tiene por fin proteger los intereses de la minoría, la ley ha acordado a los acreedores pertenecientes a ella el derecho de discutirlo deduciendo oposición" (12); b) que los acreedores con derecho a oponerse no lo hagan. "Si entre los quince días posteriores a la primera publicación no se presentare incidente alguno, el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo". (Artículo 925 del Código de Comercio). En otros términos, pero en idéntico sentido encontramos el artículo 625 del Código de Procedimientos Civiles.

Cabe que nos ocupemos ahora de las oposiciones que pueden interponerse contra la aprobación del convenio, quiénes pueden hacerlas y por qué motivos.

Sin lugar a duda, sólo los acreedores -no el quebrado- tienen facultades para oponerse al convenio a efecto de impedir su aprobación. Así se desprende de los artículos 926 del Código de Comercio, 965 y 966 del Código Civil, y así lo reconoce la doctrina. Empero, no son todos los acreedores los que pueden ejercitar tal derecho, sino únicamente aquéllos que no concurrieron a la junta donde el convenio fue conocido y aprobado, esto es, los acreedores ausentes; también, lógicamente, pueden oponerse los acreedores disidentes, sea, los que concurrieron a la junta y votaron en contra. "Solamente los acreedores que no le hubieren dado el voto al arreglo o que no hubieren asistido a la junta, podrán oponerse". (Artículo 926 del Código de Comercio). Y en el Código Civil: "Durante esos quince días los acreedores con derecho a votar, que improbaron el convenio o que no concurrie

ron, podrán oponerse a la aprobación... " Como principio general, los acreedores que no tienen derecho de voto en la junta que conoce del convenio, carecen del derecho de oponerse a él. Se apunta a este principio una única excepción: "Los acreedores con crédito litigioso pueden oponerse al convenio por no haberse tomado en cuenta su crédito para computar las tres cuartas partes del valor total de los créditos; pero si después se adhieren al convenio, será válido éste" (Artículo 966 del Código Civil).

Y esta disposición del Código Civil -que no encontramos en el Código de Comercio- nos aboca al siguiente punto a tratar : por qué motivos pueden oponerse los acreedores a que el convenio se apruebe.

Las causales de oposición están taxativamente enumeradas en el artículo 965 del Código Civil:

1o. - Defectos en las formas prescritas para la convocación de la junta.

2o. - Colusión entre el deudor y algún acreedor de los concurrentes a la junta para estar a favor del convenio.

3o. - Deficiencia en el capital o en el número de acreedores necesarios para formar mayoría". Enumeración que repite el artículo 926 del Código de Comercio.

Única y exclusivamente una de estas causas puede fundamentar un incidente de improbación. Analicémoslas:

1o. - "Defectos en las formas prescritas para convocación de la junta".

Como vimos, la junta de acreedores para conocer de un convenio se encuentra sujeta a requisitos, en especial en orden a su convocatoria, que deben ser cumplidos rigurosamente, supuesto que,

de no observarse, dan base para presentar un incidente de improbación que haría imposible la aprobación judicial del concordato en virtud del principio de nulidad.

Por manera que si no se publica la convocatoria o se publica en forma distinta de la señalada por la ley (artículo 623 del Código de Procedimientos Civiles), se habrá infringido el procedimiento y será declarada con lugar la oposición.

Si bien el inciso en comentario no habla más que de defectos en la convocación, será lógico suponer que también la tramitación o celebración de la junta deben ajustarse a los requisitos señalados por ley para su validez, toda vez que la forma garantiza el fondo.

2o. - "Colusión entre el deudor y algún acreedor de los concurrentes a la junta para estar a favor del convenio":

La ley no quiere pactos privados entre el quebrado y sus acreedores o alguno de ellos. De celebrarse, la ley sanciona el acto con nulidad y va más allá todavía, ya que extiende la sanción a los que en el acto intervinieron. Dispone el artículo 922 del Código de Comercio:

"Será nulo el convenio particular de un acreedor o de un grupo de acreedores con el quebrado, si se hiciere, el acreedor o acreedores perderán cuantos derechos tengan en la quiebra, la cual por ese solo hecho, será calificada de culpable".

Esto es, el acto es nulo, los acreedores pierden sus derechos, y en cuanto al deudor, su quiebra se califica de culpable. Sin embargo, -se nos ocurre a nosotros-, es sanción leve el calificar de "culpable" la quiebra. Con más propiedad pudo

haberse establecido que sería calificada de "fraudulenta" en caso de comprobarse una colusión, prestándonos base legal para tal opinión el inciso 2o. del artículo 892 del Código Civil que reputa de fraudulenta la insolvencia cuando ha habido manejos dolosos de parte del deudor para defraudar a sus acreedores, y qué es la colusión a que alude el inciso en comentario sino manejos dolosos del quebrado en perjuicio de sus acreedores?

Debe tenerse presente que son las colusiones las que la ley sanciona, sea, los pactos o confabulaciones en daño de tercero, no cualquier conversación que tengan quebrado y acreedores, de ser así no podría celebrarse nunca un convenio. Sabido es que para obtener votos deben ser persuadidos los votantes.

3o. - "Deficiencia en el capital o en el número de acreedores necesarios para formar mayoría":

Si la doble mayoría prevenida por la ley para la aprobación del convenio falta, el convenio es defectuoso y puede impugnarse.

En algunas legislaciones extranjeras, la española por caso, el número de causales de oposición es mayor que el señalado por nuestros códigos, que se caracterizan, en toda la materia de convenios, por ser bastante deficientes. En esta materia de las oposiciones a la aprobación judicial del concordato, encontramos en Garrigues lo siguiente: "La verdadera oposición presupone un convenio que, siendo jurídicamente válido (por estar libre de vicios de nulidad formal o sustancial), no merezca, empero, ser aprobado por motivos de fondo (falta de bondad intrínseca, v. gr., por implicar un excesivo sacrificio para los acreedores). Claro es que, junto a estos motivos de oposición en sentido estricto, los a

creedores pueden impugnar la validez del convenio, alegando motivos de nulidad formal o sustancial (v. gr. falta del quórum legal, colusión entre el quebrado y un grupo de acreedores, et c.). El artículo 903 de nuestro Código de Comercio, bajo el nombre de 'causas de oposición al convenio', menciona únicamente motivos de nulidad, sea por defectos de forma, sea por causa de fraude" (13). Sin embargo, reiterando lo ya expuesto, las causales de oposición enumeradas en los artículos 965 del Código Civil y 926 del Código de Comercio son las únicas que en nuestro ordenamiento jurídico positivo pueden ser interpuestas para impedir la aprobación judicial del convenio.

TRAMITACION DE LAS OPOSICIONES:

Dice el artículo 626 del Código de Procedimientos Civiles -único relativo a este punto de la tramitación:

"La oposición que se hiciere se sustanciará con audiencia del concursado y el curador y por los trámites de los incidentes. En la misma sentencia se decidirá sobre la aprobación del convenio".

Del texto del artículo transcrito deducimos que las oposiciones se tramitan en la vía incidental y que el juez resolverá el incidente en la sentencia que aprueba o imprueba el convenio, esto es, no se tramitan por separado ni el juez dicta una sentencia aparte sino que los resuelve en la sentencia donde se pronuncia sobre el convenio. En el artículo pareciera expresarse la idea contraria, sea, que es en la sentencia del incidente donde se decide sobre el convenio. En la práctica, -y la lógica así lo indica- lo propio es hacerlo como lo hemos expuesto.

Si la oposición es desestimada por el juez y el convenio aprobado, éste deviene en obligatorio y pone fin a la quiebra. Si prospera el incidente, se denegará la aprobación del convenio y la quiebra seguirá su curso normal.

Analicemos ahora la segunda de las dos hipótesis que esbozamos al principio de este capítulo: que no surjan incidentes de oposición, que los acreedores con facultades para oponerse no lo hagan. En tal caso, "el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo". (Artículo 925 del Código de Comercio), o en términos del Código de Procedimientos Civiles -artículo 625-"... el Juez procederá sin más trámite a dar sentencia de aprobación o improbación del convenio".

De nuevo nos encontramos con el problema de la parquedad de nuestro ordenamiento jurídico. Por cuáles motivos puede el Juez improbar un convenio que los acreedores han aprobado? Motivos de forma? De fondo? De ambas clases?

Queda claro que no basta la votación favorable de los acreedores en orden a la obligatoriedad del convenio. Requiere éste la aprobación judicial, la homologación. Y esta aprobación no es simplemente confirmatoria de lo votado por los acreedores, sino de que éstos actuaron conforme a la ley.

Las legislaciones extranjeras, si bien no del todo concordantes, sí son mucho más explícitas en sus regulaciones sobre la homologación.

En Italia comenta Satta: "El contralor del Tribunal es de legalidad y de fondo. La legalidad concierne a la observancia de las prescripciones legales para la admisión y la validez del concordato... El fondo concierne a la conveniencia del concor

dato, sobre todo en el interés de la minoría y de los ausentes, pero también en el de la mayoría (y eventualmente de todos los acreedores unánimes) que puede haber consentido por una inexacta visión de las cosas". (14).

Está claro: en la legislación italiana el Juez tiene amplias facultades, pudiendo improbar el convenio por razones de fondo o de forma. Justifica Satta el control de fondo: "... este control de fondo no es en absoluto inconciliable con la naturaleza contractual del concordato, ni con la eventual voluntad unánime de los acreedores, porque el contrato y la voluntad de los contratantes tienen una causa objetiva sobre la cual puede y debe ejercitarse el examen del Tribunal, en el interés de todos, incluso del mis-mo fallido" (15).

Provinciali no comparte este criterio. Escribe: "Este llamado control de fondo del Tribunal, es decir, la facultad de juzgar si se da o no la llamada "conveniencia" del concordato, incluso en relación a las garantías para su ejecución, representa, en efecto, uno de los signos somáticos más característicos de la institución... aunque la totalidad de los acreedores comprobados y admitidos prestaren su conformidad unánime al concordato, el Tribunal puede rechazarlo, precisamente en el ejercicio de aquel su control de fondo sobre la "conveniencia" del concordato, lo que conduce discretamente al absurdo de admitir que el Tribunal pueda ser más intransigente en la vigilancia del interés de los acreedores que los mismos acreedores... lo que se halla en irreductible contradicción con el principio de la auto-nomía privada de las partes, al admitirse el ejercicio de una función limitativa o sustitutiva de su voluntad en orden a una re-

lación de contenido típicamente privado, como el derecho de crédito y su remisión, total o parcial; y, en definitiva, no es concebible una forzosa tutela nolente dominio fuera de situaciones del sujeto expresivas de la incapacidad de entender o de querer y de las instituciones para ello expresamente prevista (interdicción, inhabilitación, etc.)" (16). Es decir, para Provinciali, el control de fondo no puede conciliarse con la voluntad contractual; por **esto** es, precisamente, que rechaza la teoría contractualista del concordato. Satta califica de errónea esta posición de Provinciali, que es compartida también por Cuzzeri y Cicu. Manifiestan: "... nos parece indiscutible que debe rechazarse la teoría que acuerda al tribunal el derecho de rechazar la homologación por razones de mérito aconsejadas por el interés público o por el de los acreedores, aunque no se haya deducido oposición al concordato, ... pues los intereses a proteger pertenecen a personas capaces y esa tutela encuentra su límite en tal capacidad y libertad de apreciación de su propio interés... Si existió oposición el tribunal debe extender su examen a todo lo que se adujo en la oposición... de no haber existido oposición, el tribunal no puede ejercer de oficio una protección que no le ha sido pedida expresamente y debe limitar su tarea a comprobar lo relativo a la regularidad en la celebración del concordato". (17).

En la legislación francesa son también amplios los poderes del juez. Indica Ripert: El Tribunal no puede sino homologar el concordato o denegar la homologación. No tiene facultad para modificar sus términos, puesto que se trata de un contrato", empero, "tiene poder soberano de apreciación en lo relativo a la honorabilidad del deudor y el valor de las propuestas hechas

por el fallido". (18).

En España la situación es diferente. En esta legislación, el convenio votado favorablemente por los acreedores debe ser aprobado por el Juez "con sólo dos excepciones, a saber: 1o., si advirtiere una contravención manifiesta en las formas prescritas para la celebración y deliberación de la junta; 2o., o si el deudor se hubiere fugado durante el juicio de quiebra o hubiera sido declarado quebrado fraudulento". (19). Es decir, sus facultades se circunscriben a lo que los italianos llaman "contralor de legalidad", estándole vedado el "contralor de fondo".

Garrigues, sin embargo, no está de acuerdo: "... las facultades de calificación que tiene el Juez se refieren, no sólo a los requisitos formales del convenio, sino a sus condiciones intrínsecas de bondad. El Juez despliega en este punto doble función: como órgano procesal encargado de velar por el cumplimiento de la ley, y como órgano de tutela de los intereses de los acreedores, en especial de los no concurrentes... El ejercicio de esta función tutelar no está subordinado a la previa oposición a la aprobación del convenio por parte de un acreedor" (20). Con todo, reconoce no poder fundamentar su opinión en ningún texto legal, basándola entonces en la supresión de un artículo del Código de Comercio, el cual, según comprueba Ramírez fácilmente, sigue en vigencia por estar citado expresamente en un artículo de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Además, este criterio de Garrigues no ha encontrado acogida de parte de ningún otro autor de derecho español.

En síntesis: "si los presupuestos procesales inexcusables se dieron, y los acreedores votaron favorablemente el convenio,

con la doble mayoría que la ley previene, el Juzgado no puede sus
traerse a su aprobación". (21).

Es esta posición de la legislación española la que pareciera aplicable a nuestro medio. Según vimos, nuestro articulado es incompleto. Señala que el Juez puede "aprobar o improbar" el convenio sin indicar absolutamente nada acerca de las facultades y límites del Juez en punto a esa aprobación o improbación.

En nuestro criterio, las atribuciones del Juez deben limitarse al "contralor de legalidad", pareciéndonos excesivo extenderlas al "contralor de fondo". Aparte de las razones puramente doctrinarias, -y en este terreno concordamos con la posición de Provinciali de que el examen del Juez de la "conveniencia" del concordato atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, deviniendo en tutela forzosa de sujetos capaces-, no debemos olvidar que nuestra legislación es hecha a imagen y semejanza de la española, pareciéndonos buena, en consecuencia, la solución dada por ésta al problema en estudio.

Ahora bien, como es obvio, de contener el convenio disposiciones contrarias a leyes vigentes de carácter imperativo o prohibitivo, el Juez estará facultado para negarle su aprobación, toda vez que la autonomía de la voluntad tiene por límite esta clase de disposiciones.

CAPITULO IV

EFFECTOS DEL CONCORDATO

El concordato, una vez aprobado judicialmente, surte sus efectos con respecto a la quiebra a la cual pone fin, toda vez que , según sabemos, es un medio de clausurarla; con respecto a los acreedores y con respecto al deudor, cuyas relaciones jurídicas viene a modificar. Deviene, como todo contrato, en ley entre las partes.

1)- RESPECTO A LOS ACREEDORES:

La homologación hace al concordato obligatorio para todos los acreedores.

"Aprobado el convenio por sentencia ejecutoriada, producirá los derechos y obligaciones de una transacción en favor y en contra de todos los acreedores del concurso, hayan o no legalizado sus créditos; pero en cuanto perjudique a los acreedores que tengan algún privilegio o preferencia, sólo tendrá fuerza si ellos lo aceptan expresamente". (Artículo 967, párrafo lo., del Código Civil).

"Los acreedores comunes, aunque no estén comprendidos en el balance, ni hayan tomado parte en el procedimiento, lo mismo que aquellos que estuviesen pendientes de reconocimiento, quedan obligados por el convenio". (Artículo 930 del Código Mercantil).

Las razones por las cuales el concordato es obligatorio para todos los acreedores, presentes, disidentes y ausentes, han sido ya objeto de análisis. Asimismo, estudiamos también la situación de los acreedores privilegiados a quienes no les afecta el convenio salvo que hayan concurrido a votarlo, renunciando al privilegio e

incorporándose a la masa de acreedores comunes.

Cabe que nos ocupemos en este punto de las disposiciones que contiene el artículo 969 del Código Civil. Según este texto legal, un acreedor común que no se apersonó en el concurso, es decir, que no legalizó su crédito, una vez aprobado el convenio, sólo puede cobrarle al deudor lo que le hubiera correspondido si hubiera tomado parte en el convenio.

En el Código de Comercio nuevo se mantiene esta regla en el artículo 929, pero añade por su parte: "Lo mismo ocurrirá cuando se haya hecho una distribución entre los acreedores sin mediar convenio". Esto es ilógico e injusto. Si los acreedores que legalizaron sus créditos pueden cobrar su derecho al dividendo en el concurso y luego al deudor personalmente el saldo en descubierto, por qué se va a privar de una parte de su crédito al acreedor que no legalizó? No tiene esta disposición razón de ser.

Dispone también el artículo 969 precitado, que estos acreedores que aparecen después de celebrado el convenio, aparte de que sólo se les paga el porcentaje acordado en el convenio, no podrán tampoco aprovecharse de las garantías que para asegurar el cumplimiento de lo estipulado, se hubieren establecido a favor de los créditos que se tomaron en cuenta al hacerse el arreglo". Como bien señala Satta al comentar similar disposición de la ley italiana, es una atenuación al principio de que los acreedores son todos iguales frente al concordato y deben tener igualdad de trato. Es una atenuación "en favor del tercero que hubiese prestado garantía en el concordato, y que por tanto, correría un riesgo imprevisto con el surgimiento de acreedores ignorados antes". (22). Esto es, estos acreedores pueden cobrar fuera del concurso -que

dejó de existir en virtud del convenio- al deudor. Cobrarán el porcentaje que se acordó pagar, pero no gozarán de la protección de la garantía que representa el fiador de cumplimiento, toda vez que no participan del convenio porque no legalizaron sus créditos oportunamente.

2)- RESPECTO AL DEUDOR:

Una vez firme la sentencia que aprueba el convenio, que en nuestro medio produce cosa juzgada según se desprende del artículo 967 del Código Civil transcrito, el quebrado recobra su patrimonio, vuelve a disponer de él, salvo las especiales restricciones que se hayan acordado, y se le rehabilita. Así lo dispone el artículo 933 del Código Mercantil:

"El convenio produce la rehabilitación del quebrado, en consecuencia será repuesto en el ejercicio de todos sus derechos y acciones con las limitaciones acordadas. Si no hay restricción alguna, una vez firme el fallo, el curador le entregará todos los bienes y efectos, rindiéndole cuenta de su administración".

El artículo 627 del Código de Procedimientos Civiles señala ciertas formalidades preliminares, indispensables para tener el juicio por concluido: "Inmediatamente después de la aprobación, el curador tomará las providencias necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas al concursado por el convenio, y satisfará los reclamos de los acreedores de la masa y reivindicantes, o depositará lo que les corresponda a éstos, si sus créditos no estuvieren aun reconocidos o comprobados. La última parte "o depositará lo que les corresponda a éstos, si sus créditos no estuvieren aun reconocidos o comprobados", pareciera presuponer la existencia de un convenio anterior a la Junta de

Calificación lo cual, según sabemos, no está permitido en la legislación mercantil próxima a entrar en vigencia.

Verificadas estas diligencias el concurso se tendrá por terminado, lo que se publicará de la misma manera que la declaración de él; y procederá el curador a hacer al concursado la entrega de todos los bienes, efectos, libros y papeles y a rendirle cuenta de su administración en los quince días siguientes".

Pasan también al deudor las acciones pendientes con el concurso. (Artículo 974 del Código Civil).

Se discuten en doctrina algunos problemas en orden a la devolución al quebrado de sus bienes y derechos.

La primera cuestión que surge es si deben devolverse los bienes cuando el convenio que se celebró fue en base a una cesión de bienes a los acreedores.

En tal situación es lógico que no proceda la devolución, supuesto que "los bienes quedan a cargo de los acreedores concurrentes, que los liquidarán o repartirán", como dice Rodríguez (23).

Otro problema es si deben devolverse todos los bienes que formaron la masa, caso de que quepa devolución, o si algunos no se devuelven.

Rodríguez señala: "La verdad es que no todos los bienes que forman la masa se devuelven al deudor, pues los comprendidos en ella por la presunción muciana, o los integrados en la quiebra por efecto de las revocatorias especiales volverán a sus auténticos dueños, ya que su inclusión en la masa fue por razones de responsabilidad, no de titularidad". (24).

Nos parece acertado lo dicho por el autor mejicano con base en lo dispuesto por el artículo 627 del Código de Procedimientos Ci

viles arriba transcrito al finalizar su párrafo primero. Al hablarse allí de "acreedores reivindicantes" se está refiriendo a personas que son dueñas de bienes que fueron incluidos dentro de la masa y se encarga al curador de que se los devuelva. Si el concurso les ha vendido el bien, se han transformado en acreedores y si sus créditos no han sido aun reconocidos o comprobados, el curador debe depositar lo que les corresponda.

También surge la interrogante en doctrina de que, caso de que sobre los bienes que se van a devolver al deudor hubiera el curador constituido un gravamen, si esos bienes se le entregan gravados o libres. Satta responde categórica-y acertado-: "es casi innecesario recordar que los bienes vuelven al deudor gravado con todas las cargas impuestas legalmente por el curador, y que el exfallido está obligado a observar escrupulosamente como si hubiesen sido impuestas por él". (25).

3)- Analicemos ahora, siempre en relación con estos problemas, los efectos del convenio respecto de los garantes.

En un convenio que no se va a ejecutar de inmediato, los acreedores pueden exigirle al deudor que rinda fianza de cumplimiento. El deudor rinde esta garantía, generalmente, por medio de terceros que presenta a los acreedores en calidad de fiadores. Es lógico esto, en especial si pensamos que sería muy arriesgado para los acreedores dejar en absoluta libertad al deudor después del convenio, ya que éste podría disponer totalmente de sus bienes en perjuicio de ellos. En algunas legislaciones extranjeras es requisito esencial el que se pongan fiadores para que el convenio pueda ser aprobado, por cuanto el Estado tiene el deber de tutelar los intereses de la minoría que no estuvo de acuero

do con el convenio. En nuestro ordenamiento no existe ninguna tu
tela para esa minoría disidente.

Tenemos entonces los co-deudores solidarios y dos clases de
fiadores:

1o.) Los fiadores de las obligaciones individuales del deudor,
anteriores a la quiebra;

2o.) Los que rinden fianza de cumplimiento del concordato.

Dispone el párrafo final del artículo 968 del Código Civil:

"También aprovecha el convenio a los fiadores del insolvente,
y a los coobligados in sólido, pero sólo respecto a los acree
dores que han concurrido con su voto a la aprobación del con-
venio".

Esto significa que si en el convenio se han acordado remisiones,
éstas aprovechan tanto a los fiadores como a los co-deudores
solidarios para con los acreedores respectivos que hayan votado
favorablemente el convenio. A contrario sensu, si el acreedor de
la respectiva obligación no votó favorablemente el convenio, puede
exigir del fiador o del co-deudor el pago total de la obligación. Así
por ejemplo, si en el convenio se acuerda pagar las tres cuartas
partes de los créditos, el acreedor no está facultado para cobrar
la totalidad de su crédito al fiador, sino únicamente el porcentaje
que se obligó a pagar el deudor. Pero si fue acreedor de minoría
y no votó el convenio, sí puede cobrarle la totalidad al fiador.

Esta disposición del Código Civil, que podríamos llamar ecléc-
tica, contradice la posición radical que mantiene la doctrina. Peor
será entonces el juicio que nos merezca el artículo 928 del Código
Mercantil in fine que elimina la diferencia entre acreedores de ma
yoría y de minoría que hace el Código Civil en punto a los fiadores

y co-deudores para efectos del pago que tengan que hacer éstos de las obligaciones por las que responden. Dice el precitado artículo: "También aprovechará el convenio a los fiadores del quebrado y a los coobligados solidariamente".

Es totalmente opuesta la solución doctrinaria: "No obstante el convenio, los acreedores, conformes o disidentes, conservan sus acciones por la totalidad contra los coobligados y fiadores". (26). Y encontramos en Satta: "El concordato, como sabemos, no perjudica en lo más mínimo las acciones que correspondieran a los acreedores contra los coobligados, los fiadores del fallido... y es to porque aquél no importa novación". (27).

Como fundamento de este criterio, que recoge la legislación italiana, escribe Navarrini que se dirige a "reforzar individualmente la posición del acreedor... el legislador ha querido que el acreedor no perdiese las ventajas de una garantía cuando, por quiebra del deudor, su eficacia se manifiesta más urgente; ha querido facilitar -con la conservación de la garantía- la conclusión de los convenios". (28). Y esto es cierto porque no cabe la menor duda de que si el convenio siempre aprovecha a los fiadores y co-deudores, resultará difícil la celebración de un convenio supuesto que con él perderán los acreedores sus garantías.

4)- Otros problemas prácticos de nuestro ordenamiento jurídico positivo que es interesante analizar son los siguientes:

a) Si a un acreedor de minoría le pagan en el concurso el 75% de su crédito le quedará un saldo en descubierto del 25% que le cobrará al fiador. Este fiador que paga, se subroga los derechos del acreedor y puede cobrarle al deudor el exceso del porcentaje que él pagó? Indudablemente que no, esa subrogación es imposi-

ble, toda vez que la parte que él pagó había sido remitida en el convenio.

b) Si un fiador paga por anticipado la totalidad de la obligación, en el convenio se le pagará sólo el porcentaje allí acordado y el saldo en descubierto no podrá cobrarlo al deudor por cuanto las remisiones del convenio afectan en forma total y definitiva, según lo dispone el párrafo primero del artículo 968 del Código Civil cuya idea es que si en el convenio existen remisiones, los acreedores no podrán perseguir luego al deudor por esos saldos, "aun cuando éste venga a mejor fortuna o le queda algún sobrante de los bienes del concurso", salvo pacto en contrario. Igual prescripción se encuentra en el artículo 928 del Código Mercantil.

Esta disposición de nuestro Código es contraria a la legislación civil española que prescribe en el artículo 1920 del Código Civil que no hay remisión de los saldos, salvo pacto en contrario. En la quiebra, sin embargo, los españoles tienen el mismo principio nuestro en el artículo 905 de su Código de Comercio. Como se vé, no sólo en nuestro ordenamiento jurídico se presentan contradicciones en punto a la materia en estudio.

Distinguen los autores españoles, y también los franceses, entre "remisión concordataria" y "condonación o remisión de las deudas", la cual sí extingue las obligaciones de los deudores. Indican que la diferencia entre ambas es esencial, producto de su naturaleza intrínseca, pese a que existen ciertas analogías. La diferencia, a su entender, radica en que la remisión de las deudas contemplada en el Código Civil es un acto puramente voluntario del acreedor y que constituye una donación, mientras que la remisión concordataria, estiman, ni es un acto voluntario para

todos los acreedores ni entraña donación.

El autorizado Navarrini, en la doctrina italiana, no está de a cuerdo con los argumentos que se dan para probar que el concordato no entraña remisión, la cual, en su criterio, es "sustancialmente admisible".

Cuzzi y Cicu, por el contrario, estiman que "el concordato sólo implica un pacto de no pedir, ... como no puede decirse que por el concordato la deuda se haya pagado, no puede afirmarse que se haya hecho remisión a título gratuito, y es por ello que queda al acreedor el derecho de perseguir a los coobligados y fiadores". (29).

Como se vé, la discusión se da aun entre autores de una misma nacionalidad que sustentan criterios dispares. En nuestra opinión, y en esto concordamos con el español Ramírez, el problema fundamental es el de la voluntariedad que es de esencia en una condonación de deudas y que no aparece muy clara en la remisión concordataria en punto a los acreedores ausentes y disidentes, lo cual, como dice el autor citado, es el problema capital de la materia que estudiamos: "la sumisión al convenio de quienes no lo aprobaron".

c) Si el deudor incumple el convenio y no paga, el acreedor puede cobrarle directamente al fiador de su obligación. Podría este fiador cobrarles a los fiadores de cumplimiento? Innegablemente que sí, supuesto que los fiadores de cumplimiento son los responsables en caso de que el deudor incumpla. Formulemos ahora el planteamiento contrario: si los acreedores cobran directamente a los fiadores de cumplimiento ante el no pago del deudor, podrían ellos perseguir a los fiadores aislados de cada obliga -

ción? habría subrogación en favor de los fiadores de cumplimiento de los derechos de los acreedores para cobrarles a los fiadores de las obligaciones? En nuestra opinión, los fiadores de cumplimiento asumirían la misma posición del deudor, con lo cual, no podría nunca hablarse de subrogación y no cabría, en rigor de principios, el cobro a los fiadores de las obligaciones, únicamente en el caso de que se hubiese operado una novación. Empero, de no producirse la novación del deudor tal criterio resultaría insostenible.

Merece la pena que nos refiramos finalmente a lo que sucede con las acciones revocatorias ya concluidas. Aprovechan éstas al deudor?

Al convertirse en cosa juzgada la sentencia de homologación del convenio "se hacen definitivamente improseguibles las acciones revocatorias no cedidas al tercero concordatario. Por otra parte el deudor, al retomar la posesión de sus bienes, no puede aprovecharse de las acciones revocatorias ya concluidas y sus relaciones con los terceros contratantes quedan reguladas por los actos celebrados con los mismos". (30).

Provinciali añade: "El deudor no podría nunca subrogarse en el ejercicio de las revocatorias, por la específica naturaleza y finalidad de estas acciones que, estando dirigidas contra un acto realizado por el mismo deudor, no podrían nunca ser ejercitadas por él, por la contradicción que ello entrañaría, y, además, porque las revocatorias son un remedio de interés exclusivo del acreedor. Si la revocación ha sido ya decretada, cesan los efectos de tal pronunciamiento". (31).

En estos planteamientos doctrinarios se muestran conformes,

por excepción, todos los autores.

Con base en el principio de que al deudor no aprovechan las acciones revocatorias, ni siquiera si ya se han concluido, se plantea el problema de que, caso de que en la quiebra se hubiese revocado una garantía, en especial hipotecaria, si en virtud de la relatividad de la revocación, resurge la hipoteca o si el deudor recibe el bien libre de tal gravamen, con lo cual, indirectamente, se estaría beneficiando a posteriores acreedores hipotecarios.

Dice Satta: "La razón de la duda nace del hecho de que aquí las calidades de tercero y de acreedor se suman y se confunden, y el resurgir de la garantía después del concordato parece en contraste con el fin mismo de la revocación y con la actuación de la par condicio. Además, el acreedor ex hipotecario participa en adelante en la deliberación del concordato, ... y esta participación parece incompatible con la permanencia de un derecho de prelación a su favor". Pero nace una distinción importante "que la hipoteca caiga definitivamente respecto de los acreedores concursales, no es posible discutirlo. A través del concordato las posiciones de los acreedores quedan irrevocablemente fijadas, y ninguno puede pretender ejercitar una acción hipotecaria en su exclusivo interés". En resumen, en su criterio, el acreedor hipotecario no puede alegar, porque no lo tiene, derecho alguno de prelación respecto de los otros acreedores. "Pero fuera de este conflicto entre los acreedores, no parece que existan obstáculos para la aplicación del principio fundamental de la relatividad de la revocación". El acreedor queda sujeto a la ley del concordato y en consecuencia, no puede pretender que se le pague íntegramente su crédito, alegando su hipoteca. "Pero -escribe sin admitir dudas- dentro de este lími

te no hay razón para que la hipoteca no resurja y desarrolle su eficacia frente a los acreedores futuros, o, en general, no concursales. Por esto la revocación de la hipoteca no importa necesariamente su cancelación". Y ofrece como solución al problema de posteriores acreedores: "Más justo parece que la hipoteca del primer acreedor permanezca frente al segundo por la suma reducida a base del porcentaje del concordato y tenga por tanto derecho de concurrir a la distribución del producto, si no fuese satisfecho de otro modo". (32).

Este criterio de Satta nos parece acertado, ajustado a los principios del concordato que hemos venido estudiando. Ello no obstante, no omitimos consignar el parecer de Provinciali, que es contrario:

"Soy de la opinión contraria -escribe con su habitual energía-, no sólo por las razones ya enunciadas, esto es, porque confundiéndose la cualidad de tercero y de acreedor, la revivificación de la garantía infringiría la ley de la par condicio y el fin de la revocación, siendo absurdo que el mismo acreedor, después de haber participado... en el concordato como acreedor quirografario, se convirtiese, terminadas las cosas, en privilegiado (demasiado cómo-do!) ; sino por la razón decisiva de que esto constituiría uno de aquellos cambios patrimoniales de la situación anteconcordataria , que quedan preclusos por la homologación del concordato... Por la misma razón, en el caso de varias inscripciones sobre el mismo bien, la hipoteca no puede al mismo tiempo desaparecer a todos los efectos, y no para aquellos respecto a los otros acreedores hipotecarios posteriores, los cuales fatalmente vendrán a beneficiarse de un grado, por la desaparición del anterior inscrito: pe-

te no hay razón para que la hipoteca no resurja y desarrolle su eficacia frente a los acreedores futuros, o, en general, no concursales. Por esto la revocación de la hipoteca no importa necesariamente su cancelación". Y ofrece como solución al problema de posteriores acreedores: "Más justo parece que la hipoteca del primer acreedor permanezca frente al segundo por la suma reducida a base del porcentaje del concordato y tenga por tanto derecho de concurrir a la distribución del producto, si no fuese satisfecho de otro modo". (32).

Este criterio de Satta nos parece acertado, ajustado a los principios del concordato que hemos venido estudiando. Ello no obstante, no omitimos consignar el parecer de Provinciali, que es contrario:

"Soy de la opinión contraria -escribe con su habitual energía-, no sólo por las razones ya enunciadas, esto es, porque confundiéndose la cualidad de tercero y de acreedor, la revivificación de la garantía infringiría la ley de la par condicio y el fin de la revocación, siendo absurdo que el mismo acreedor, después de haber participado... en el concordato como acreedor quirografario, se convirtiese, terminadas las cosas, en privilegiado (demasiado cómo-do!) ; sino por la razón decisiva de que esto constituiría uno de aquellos cambios patrimoniales de la situación anteconcordataria , que quedan preclusos por la homologación del concordato... Por la misma razón, en el caso de varias inscripciones sobre el mismo bien, la hipoteca no puede al mismo tiempo desaparecer a todos los efectos, y no para aquellos respecto a los otros acreedores hipotecarios posteriores, los cuales fatalmente vendrán a beneficiarse de un grado, por la desaparición del anterior inscrito: pe

ro esto no por efecto del concordato, sino como normal consecuencia de derecho hipotecario". (33).

Rechaza Provinciali la distinción que hace Satta de que la hipoteca resurge y recobra eficacia únicamente frente a los acreedores futuros o no concursales- y que estimamos muy acertada-, criticándolo con sutil ironía: "Esta elasticidad (no solamente relatividad) de la hipoteca, con fin variable, no parece, por lo demás, de fácil conciliación con las áridas formas del de recho hipotecario". Bonelli es del mismo parecer de Provincia li. De toda suerte, el punto es discutible y se presta para sus tentar diversos criterios.

CAPITULO V

IMPUGNACION DE LA SENTENCIA QUE APRUEBA EL CON-
VENIO. RESOLUCION Y ANULACION DEL CONCORDATO

A tenor de lo dispuesto en el artículo 967 del Código Civil, la sentencia que se dicte aprobando el convenio produce cosa juzgada, por tal razón, podrá ser impugnada por los recursos normales y ordinarios de nuestro ordenamiento jurídico: apelación y recurso de casación, en cuanto, claro es, se den los presupuestos necesarios para que éste pueda interponerse.

Como es dable suponer, únicamente los acreedores que no aprobaron el convenio y los que no concurrieron a la Junta respectiva podrán apelar. Excepcionalmente, -se nos ocurre a nosotros-, podría apelar de la sentencia el deudor en aquellos casos en los que se hubiere aprobado un convenio perjudicial a sus intereses, toda vez que su propuesta original fue variada fundamentalmente por los acreedores en la Junta y el acuerdo de éstos recibió la homologación judicial.

De conformidad con las reglas generales de los recursos cabe admitir que también podría apelar un tercero a quien se causara perjuicio al homologarse el convenio.

El problema se ofrece con la sentencia que impruebe el concordato. El precitado artículo 967 del Código Civil otorga los efectos de una transacción únicamente a la sentencia aprobatoria del convenio, lo cual significa que produce cosa juzgada esa sentencia, según ya indicamos. Pero en punto a la sentencia improbatoria tan sólo señala que "implica la nulidad del mismo convenio". En otros términos, sus efectos serían los de anular todas

las concesiones hechas por quienes las acordaron al votar favorablemente el convenio. Empero, si consideramos la hipótesis de que el Juez podría improbar incorrectamente el concordato o que las partes podrían estimar que mal interpretó una norma legal al negar su aprobación al convenio, o cualquier otro supuesto similar, hemos de aceptar la posibilidad de que también contra la resolución que imprueba el concordato cabe interponer los recursos que nuestro ordenamiento jurídico ofrece.

En el nuevo Código de Comercio nos encontramos -Artículo 925- lo siguiente: "..., el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo. Esa resolución, para todos los efectos legales, tiene el carácter de sentencia definitiva". Al no indicar específicamente a cuál resolución es a la que se concede el carácter de sentencia definitiva, nos permite dicho artículo suponer que será a ambas clases de resoluciones, tanto a la que aprueba el convenio como a la que lo deniega, con lo cual, frente a ambas podrán apelar los acreedores que tengan la legitimación debida para hacerlo.

Aprobado que fuere el convenio, en la mayoría de las legislaciones extranjeras encontramos, perfectamente reguladas, "dos formas de remedios, no contra la sentencia de homologación, sino contra el concordato, considerado como un contrato entre el deudor y los acreedores". (34). La primera de éstas es la resolución. El segundo remedio previsto por la ley es la anulación.

En nuestra legislación, como es lo corriente en la materia que estudiamos, existe un poco de desorden con respecto a estos importantes temas de la resolución y la anulación del convenio. Tratemos de sistematizar un poco las disposiciones respectivas en

base a los principios formulados por la doctrina.

1) - RESOLUCION DEL CONCORDATO:

Sabemos que los contratos bilaterales pueden ser resueltos por el incumplimiento de las obligaciones que importan. Así, en buena tesis, es dable admitir que el convenio sea susceptible de resolución por incumplimiento por parte del deudor de las obligaciones que le impuso el concordato. Empero, no es posible dejar de señalar la diferencia existente entre el incumplimiento de un contrato bilateral corriente y el incumplimiento de un convenio. En éste, es el incumplimiento del deudor, únicamente, el que ofrece base para la resolución, esto es, el incumplimiento de una de las partes, no de ambos contratantes. El incumplimiento por parte de los acreedores pone en manos del deudor una excepción, pero no lo facultaría a pedir la resolución.

Antes de referirnos a la legislación costarricense analicemos, primero, ordenamientos jurídicos más completos, tales como el italiano y el español.

De conformidad con el artículo 137 de la ley italiana, la resolución "se funda en el incumplimiento del concordato, tanto por lo que se refiere al pago como a la constitución de las garantías, a quienquiera que corresponda: o al quebrado, o al fiador, o al adjudicatario (en los casos en que no haya liberación inmediata del quebrado)". (35). Tenemos entonces que el presupuesto legal es el incumplimiento de obligaciones (falta de pago o no constitución de las garantías) por parte del deudor, de su garante, o de quien asumió la obligación pero sin "liberación inmediata del quebrado".

Analiza aquí Satta un problema doctrinario interesante: cuando un tercero asume el convenio con la inmediata liberación del deudor. En este supuesto, no cabe la resolución por incumplimiento, toda vez que, como escribe el ilustre autor "la relación existe exclusivamente entre los acreedores y el tercero, y contra éste último no pueden darse sino los medios ordinarios del derecho común, esgrimibles por los acreedores singularmente o también por el curador colectivamente. Entre estos medios no hay puesto para la resolución, en cuanto la obligación del tercero está limitada al porcentaje convenido y los bienes que le han sido cedidos no eran de los acreedores sino del fallido". (36).

La resolución del concordato, en la ley italiana, puede ser ordenada de oficio por el tribunal de la quiebra, o por informe del curador, o por que así lo pidan uno o varios acreedores. Al respecto cabe indicar que en Italia los órganos de la quiebra sobreviven al concordato, específicamente para vigilar que el convenio se cumpla y ejecute a cabalidad. Una vez cumplidas las obligaciones, cesan de existir, pero antes no. Por esa razón, están en capacidad de pedir la resolución por incumplimiento de lo acordado.

La resolución es un remedio de carácter colectivo, no individual. El concordato se resuelve "en relación a la universidad de los acreedores" (37), esto es, "no se puede rescindir el concordato en relación al acreedor singular". (38).

Con esta disposición de su ley reafirma Provinciali una vez más el contenido judicial del concordato, "pues -escribe-si se tratase de un contrato, no se comprendería que no se concediera su resolución entre un acreedor individual y el ex-quebrado,

cuando éste se muestre incumplidor precisamente (y exclusivamente, podría ser) hacia aquel acreedor". (39).

Este incumplimiento no debe reunir condiciones especiales en cuanto a extensión o volumen: "basta el impago de un solo crédito para provocar la resolución frente a todos los acreedores". (40).

La sentencia que declara la resolución no es impugnabile, y no sólo declara la resolución sino que también declara reabierta la quiebra.

El término para pedir la resolución, un término de caducidad, es de un año a partir del vencimiento del último pago establecido en el mismo concordato. Si pasado este término debe pedirse una nueva quiebra, los autores están de acuerdo, así Satta y Provinciali, que este nuevo proceso no importa la resolución del concordato incumplido, ya que ninguna norma de derecho da base para deducir semejante efecto.

Como es fácil de apreciar, la legislación italiana es lo más completo que existe en punto a los temas en estudio.

En la legislación española también está regulada la resolución del convenio. El artículo 906 del Código de Comercio dispone que "si el deudor convenido faltare al cumplimiento de lo estipulado, cualquiera de sus acreedores podrá pedir la 'rescisión' del convenio y la continuación de la quiebra ante el Juez o Tribunal que hubiere conocido de la misma". Significa esto que es exclusivamente el incumplimiento del deudor el que pueda dar base a pedir la resolución.

Discuten los autores si esta resolución se funda en la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales, o si

tiene relación con la rescisión de los contratos en general. Algunos opinan que sí. Garrigues, por el contrario, opina que la resolución (llamada por ellos también 'rescisión') nada tiene que ver con ninguno de los citados fenómenos, porque "la llamada rescisión del convenio no tiene efectos retroactivos: se limita a levantar ex nunc las limitaciones que el convenio impuso a los créditos, devolviendo a éstos la naturaleza y posición que tenían dentro de la quiebra al ser pactado el convenio. Se trata, pues, de una verdadera denuncia del convenio". (41).

En la ley española la resolución puede ser pedida por uno o varios acreedores y lo que se disponga los afecta a todos. Si se declara resuelto el convenio se reabre la quiebra y se le califica de fraudulenta.

A diferencia del criterio de los autores italianos, Ramírez opina que si se produce una nueva quiebra, como "consecuencia automática" de la misma, se produce la rescisión del convenio, es una "rescisión necesaria" como él la llama.

En la legislación española la resolución del convenio se tramita por la vía incidental y la sentencia es apelable en ambos efectos.

El artículo 906 precitado no lo indica, ni los autores se refieren tampoco al término dentro del cual puede pedirse la resolución del convenio.

Veamos ahora nuestra legislación.

En primer término, examinemos las disposiciones del Código Civil.

Sin merecer siquiera el ser destacado como artículo independiente, el incumplimiento del convenio y sus consecuencias

se encuentran regulados en el párrafo segundo del artículo 970: "Por el hecho de faltar el insolvente al cumplimiento del convenio, se presume fraudulento y está sujeto al apremio corporal, sin perjuicio de trabarse al mismo tiempo la ejecución en sus bienes". Ante el incumplimiento del deudor de sus obligaciones, nuestra ley presume el fraude, y como medidas efectivas permite ejercitar el apremio corporal contra el deudor y el embargo en sus bienes. No cabe la menor duda de que son medidas de protección a favor de los acreedores que les permite a éstos actuar rápidamente en resguardo de sus intereses, pero de resolver el convenio por incumplimiento no se dice nada. El legislador estimó suficiente garantía para los acreedores otorgar todas estas medidas dirigidas a hacer que el deudor cumpla el convenio. En ningún momento consideró la posibilidad de que también convendría a los acreedores se les otorgara la posibilidad de resolver el convenio incumplido.

En íntima relación con lo anterior, nos encontramos luego en el artículo 973 la siguiente disposición: "...; y si la insolvencia se declara fraudulenta, el convenio quedará ineficaz en cuanto a las remisiones y demás concesiones hechas al deudor". Si el convenio se incumple por parte del deudor, se presume el fraude; si luego la insolvencia es declarada fraudulenta, el convenio deviene ineficaz en todo cuanto aproveche al deudor. En ningún momento la posibilidad de resolución. Es también ésta una solución dada en beneficio de los acreedores que recobran sus créditos en las mismas condiciones que tenían antes del convenio, y conservan, además, todas las garantías que se les ofrecieron en éste.

Por su parte, el Código Mercantil próximo a entrar en vigencia nos ofrece mayor duda y confusión cuando nos dice: "Si el convenio fuese improbadado por el Juez, o si después de aprobado fuese declarado nulo o rescindido por falta de cumplimiento o por cualquier otra causa, el procedimiento de la quiebra reasumirá su curso, y las concesiones otorgadas quedarán sin efecto". (Artículo 932).

En rigor de principios, no debió hablarse de rescisión sino de resolución por incumplimiento.

Tenemos entonces que el Código de Comercio ofrece la posibilidad de anular o resolver el convenio, señalando como consecuencia de estas acciones la reapertura de la quiebra y la ineficacia de las concesiones otorgadas. Se nos ocurre a nosotros que esta última consecuencia es obvia, toda vez que si el convenio se anula, qué puede pasar si no que las concesiones hechas pierdan su eficacia?

Aumenta nuestra confusión la frase "o por cualquier otra causa" del artículo transcrito, porque cuál otra causa, aparte del incumplimiento, puede resolver un convenio? Sinceramente no se nos ocurre ninguna.

Ante la parquedad de nuestra ley mercantil no nos queda más remedio que suponer, con base en lo que aprendimos al estudiar las legislaciones anteriormente citadas, que la resolución del convenio puede ser pedida por uno o varios acreedores ante cualquier incumplimiento del deudor, afectando dicha resolución a todos los acreedores.

2)- ANULACION DEL CONVENIO:

En el desarrollo de este tema, seguiremos, y por idénticas razones, el orden fijado al analizar la resolución del convenio.

Es admitido sin excepciones en la doctrina y las legislaciones que el convenio es susceptible de ser anulado. Ahora bien, cuáles serían los motivos o causas de nulidad del concordato? "Quien considere el concordato como contrato, podría creer que el mismo, como todo contrato, puede ser anulado por las causas que vician el consentimiento y hacen anulable cualquier contrato, de acuerdo con el Código Civil. Sin embargo, este principio nunca ha sido aceptado en la legislación comercial". (42).

Aun los autores de la tesis contractualista reconocen que no son aplicables al convenio todas las causas que anulan los contratos en general, porque, según vimos, el convenio es más que un contrato al precisar la intervención de la autoridad judicial para su obligatoriedad.

En la legislación italiana los motivos de anulación están contenidos en el artículo 138 de la ley de quiebras: "El concordato homologado podrá ser anulado por el Tribunal a solicitud del curador o de cualquier acreedor, en juicio contradictorio con el deudor, cuando se descubra que ha sido exagerado dolosamente el pasivo, o bien sustraída o disimulada una parte considerable del activo. Ninguna otra acción de nulidad será admitida".

En la legislación italiana, entonces, "la anulación del concordato está admitida en los casos en que la aprobación y la concesión se hallen viciadas de falsa representación de la real situación patrimonial de la quiebra, derivada de dolosa exagera -

ción del pasivo o de sustracciones o disimulos de parte importante del activo". (43).

En la legislación francesa "la anulación del concordato no puede decretarse, sino en los casos siguientes: 1o., la condena del fallido por bancarrota fraudulenta; 2o., el dolo del fallido, descubierto después de la homologación y consistente en la disimulación del activo o exageración del pasivo... Ninguna otra clase de nulidad puede ser invocada". (44).

En la legislación italiana siempre se ha distinguido con claridad y precisión la anulación de la resolución del convenio porque -como escriben Cicu y Cuzzi- "son distintos los fundamentos y las consecuencias de las dos acciones. En efecto la anulación se dicta por causa contemporánea al concordato, por vicio que lo afecta en su origen; ex causa antiqua, mientras que la resolución se pronuncia por un hecho posterior: ex causa nova; la anulación tiene efecto retroactivo y hace considerar inexistentes para todos el concordato mientras que su resolución no afecta su consistencia jurídica". (45).

Según lo expresa el artículo 138 transcrito, cualquier acreedor, o el curador, pueden pedir que se declare nulo el convenio. La nulidad no puede ser declarada de oficio por el tribunal, a la inversa de la resolución que sí podría serlo, situación que merece la crítica de Provinciali, quien apunta -acertadamente en nuestro criterio- que el incumplimiento es "un hecho mucho menos grave" que cualquiera de las causas por las que cabe la nulidad, razón por la cual no se ve por qué en un caso se le da la facultad al tribunal y en el otro no.

El término para pedir la nulidad es de seis meses; disposición también incomprensible si se le compara con el término de la resolución que es, según sabemos, de un año.

Las facultades del tribunal en punto a la nulidad, son muy amplias. Escribe Provinciali: "La competencia es del Tribunal de la quiebra, el cual, además de la investigación sobre el animus, ejerce una apreciación discrecional sobre los indica dos motivos de anulación, por medio de la valoración de la exa geración aportada al pasivo o de la importancia de la sustrac ción o disimulo de activo, en relación al peso que estos elemen tos pueden haber tenido en la concesión del concordato". (46). Como se aprecia fácilmente, son facultades casi sin límite.

Es de importancia destacar el hecho de que la base esen - cial, fundamental de la nulidad del concordato es el dolo. No basta el error, "es necesario, de cualquier modo, que se tra - te de dolo, y no de errónea estimación por parte del fallido o de los acreedores de hechos ya conocidos antes de la homolo - gación". (47). Por su parte, Provinciali afirma que, para que pueda caber nulidad, el concordato "tiene que haber sido resultado de rodeos dolosos o fraudulentos, de decisivo efecto acerca de la valoración del activo o de la alteración del pasivo". (48). Me - rece la pena destacar que estos manejos pueden haber sido o - bra de cualquiera, y no solamente del quebrado.

Al anularse el concordato es declarada también, la rea - pertura de la quiebra.

La legislación española no contempla expresamente la po - sibilidad de anular un convenio homologado. Ello no obstante, todos los autores españoles admiten la posibilidad legal de la

anulación cuando se demuestre que hubo dolo para obtener la aprobación del concordato, dolo que debe consistir en exageración del pasivo o en sensible disminución del activo. Innegablemente, esta posición es adoptada por los españoles siguiendo fielmente la doctrina y la legislación italianas, introduciendo tan sólo ligeras variantes, propias de su sistema, que no merece la pena comentar.

En punto a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico encontramos que el artículo 971 del Código Civil contiene las hipótesis de fraude que en las legislaciones extranjeras dan base a la anulación, a saber, que dolosamente se haya disminuido el activo o aumentado el pasivo. Las hipótesis son las mismas, no así el remedio.

No admite discusión alguna el que los manejos dolosos de exagerar el pasivo o reducir el activo, vician de nulidad el convenio toda vez que el consentimiento, esencia misma de todo contrato, está viciado. Este elemental principio fue desechado por nuestro legislador el cual cerró, no sabemos ni alcanzamos a comprender por cuáles razones, toda posibilidad de pedir la anulación del convenio por los motivos apuntados, ofreciendo en cambio una solución que no satisface ni convence.

Al tener conocimiento de la existencia del fraude, los acreedores tienen dos posibilidades:

a) pedir que se sancione al deudor declarando fraudulenta la insolvencia: "Cualquiera de los acreedores a quienes comprenda el convenio puede, dentro de los cuatro años inmediatos a la aprobación de éste, hacer declarar el fraude a qus se refieren los art ículos precedentes". (Artículo 972).

El artículo 973 del citado cuerpo de leyes confiere a los acreedores la facultad de continuar (a nosotros nos parece que también iniciar) la demanda de calificación. Si con anterioridad ha hecho declarar el fraude en el convenio, invoca ese fraude para conseguir la declaratoria de insolvencia fraudulenta; "y si la insolvencia se declara fraudulenta, el convenio quedará ineficaz en cuanto a las remisiones y demás concesiones hechas al deudor". Nada de nulidad, el convenio obtenido mediante el fraude sigue existiendo jurídicamente en cuanto beneficie a los acreedores.

b) Una acción indemnizatoria de carácter económico, indemnización que consiste, si el fraude ha sido disminuir el activo, en imponer al deudor, como sanción, el aumentar a favor de los acreedores en una suma doble a la que importe la disminución dolosa del activo, las obligaciones del insolvente (y las de los fiadores cómplices del fraude). Y si el fraude consistió en una exageración del pasivo, la sanción es aumentar en ese tanto las obligaciones del deudor, "además de no tomarse en cuenta para la repartición, el crédito o exceso de crédito no cierto, y de devolverse lo que por cuenta de él se hubiere recibido".

Existe en el artículo 971 en comentario una tercera posibilidad de fraude: conceder a algunos de los acreedores mayores ventajas que las estipuladas en el convenio. Esto claro, por la alteración de la par condicio. Si se comprueba esta colusión entre deudor y acreedores, "el acreedor cómplice perderá a favor de los demás acreedores del concurso, su crédito, debiendo devolver todas las cantidades que por cuenta de él hubiere recibido".

Incomprensiblemente, nuestro Código Civil eliminó la justa solución de anular el convenio por fraude. Y decimos "eliminó" por

que en la Ley de Concurso de Acreedores de 1865, antecedente di
recto e inmediato del Código Civil de 1886, sí estaba contemplada
la acción de nulidad en su artículo 185, el cual expresaba:

"Cada uno de los acreedores comprendidos en el convenio, pue
de dentro de cuatro años, contados desde la aprobación del con
ven io, entablar la acción de nulidad del mismo, por dolo o
fraude que se haya descubierto, después de transcurrido el
término señalado para oponerse á la aprobación del conve -
nio".

Y luego, en los artículos 186 y 187, regulaba con claridad y
orden admirables las consecuencias de esta "rescisión por dolo"
como le llama en el artículo 187. Indudablemente, la ley de 1865
era superior en todo aspecto al articulado que el legislador de
1886 incluyó en el Código Civil, tomado no sabemos de dónde, y
que resulta insatisfactorio desde cualquier ángulo que se le observe
ve.

En la legislación mercantil lo único que encontramos es el ar
tículo 932 citado al hablar de la resolución. Contempla este ar
tículo la posibilidad de que el convenio homologado sea declarado
nulo, pero no dice nada más.

Al igual que los autores españoles ante el silencio de su legislación,
nosotros, ante la parquedad -oscuridad, quizás- de la
nuestra, nos inclinamos por suscribir las soluciones de la legislación
italiana en lo aplicable. Así, uno o varios acreedores po
drán impugnar el concordato y obtener su nulidad cuando se comprueben
manejos dolosos (reducir el activo, aumentar el pasivo)
que influyeron decisivamente en que el convenio fuere aprobado.
Con la nulidad del convenio se declarará la reapertura de la quie

bra.

Cabe que comentemos el artículo 920 del Código de Comercio.

Dispone:

"Aun después de celebrado el convenio, quedará éste sin efecto si se dictara sentencia condenatoria por el delito de quiebra fraudulenta".

Esto es, si la quiebra es declarada fraudulenta, automáticamente el convenio deviene nulo. Y la disposición es perfectamente lógica, toda vez que el quebrado no hubiera podido proponer un convenio si la sentencia hubiese sido anterior: "No podrá hacer proposiciones de convenio el deudor cuya quiebra haya sido declarada fraudulenta". (Artículo 918).

En esta forma, en materia mercantil, la quiebra fraudulenta se constituye en causal de nulidad del convenio, junto con el dolo ya estudiado.

NOTAS

- 1)- Satta, op. cit. págs. 393/394
- 2)- Provinciali, op. cit. pág. 62
- 3)- Satta, op. cit. pág. 394
- 4)- Navarrini, op. cit. págs. 360/361
- 5)- Navarrini, op. cit. pág. 361
- 6)- Provinciali, op. cit. pág. 87
- 7)- Ramírez, op. cit. pág. 189
- 8)- Garrigues, op. cit. pág. 529
- 9)- Navarrini, op. cit. pág. 365
- 10)- Provinciali, op. cit. págs. 92/94
- 11)- Cuzzeri - Cicu, op. cit. págs. 226/227
- 12)- Cuzzeri - Cicu, op. cit. págs. 226/227
- 13)- Garrigues, op. cit. pág. 287
- 14)- Satta, op. cit. pág. 405
- 15)- Satta, op. cit. pág. 406
- 16)- Provinciali, op. cit. pág. 122/123
- 17)- Cuzzeri - Cicu, op. cit. págs. 238 y s. s.
- 18)- Ripert, op. cit. págs. 418/419
- 19)- Ramírez, op. cit. pág. 215
- 20)- Garrigues, op. cit. pág. 532
- 21)- Ramírez, op. cit. pág. 218
- 22)- Satta, op. cit. pág. 409
- 23)- Rodríguez, op. cit. págs. 222/223
- 24)- Rodríguez, op. cit. pág. 223
- 25)- Satta, op. cit. págs. 412/413
- 26)- Navarrini, op. cit. pág. 378

- 27)- Satta, op. cit. pág. 410
- 28)- Navarrini, op. cit. pág. 173
- 29)- Cuzzeri y Cicu, op. cit. pág. 277
- 30)- Satta, op. cit. pág. 410
- 31)- Provinciali, op. cit. págs. 140/141
- 32)- Satta, op. cit. págs. 411/412
- 33)- Provinciali, op. cit. pág. 142
- 34)- Satta, op. cit. pág. 415
- 35)- Provinciali, op. cit. pág. 156
- 36)- Satta, op. cit. pág. 417
- 37)- Provinciali, op. cit. pág. 156
- 38)- Satta, op. cit. pág. 416
- 39)- Provinciali, op. cit. pág. 157
- 40)- Provinciali, op. cit. pág. 157
- 41)- Ramírez, op. cit. pág. 271
- 42)- Cicu, op. cit. pág. 298
- 43)- Provinciali, op. cit. pág. 161
- 44)- Ripert, op. cit. pág. 428
- 45)- Cicu y Cuzzeri, op. cit. pág. 299
- 46)- Provinciali, op. cit. pág. 161
- 47)- Satta, op. cit. pág. 418
- 48)- Provinciali, op. cit. pág. 162

TERCERA PARTE
OBSERVACIONES FINALES A LA
LEGISLACION COSTARRICENSE

En el desarrollo del tema objeto de este estudio fuimos comentando las disposiciones que sobre los convenios ofrece nuestro ordenamiento jurídico positivo. Señalamos en cada uno de los aspectos analizados lo que en nuestra opinión constituye sus errores más criticables, teniendo siempre como punto de referencia preferente la doctrina y la legislación de tres países latinos: Italia, España y Francia, escogidos por ser sus ordenamientos las fuentes a las cuales, comúnmente, recurren nuestros legisladores.

Por tal razón, no haremos aquí un análisis exhaustivo de nuestra legislación, supuesto que sería un reiterar de opiniones ya expresadas. Sin embargo, para concluir, hemos estimado oportuno referirnos brevemente, y esbozar algunas sugerencias, en torno a uno de los temas que más nos interesaron por su especial trascendencia jurídica al realizar nuestra investigación y que es, precisamente, uno de los aspectos sobre los cuales mayores dudas ofrece nuestra legislación: la homologación por parte del Juez del concordato aprobado por los acreedores.

Según sabemos, las facultades del Juez en punto a la aprobación o improbación del convenio, varían de legislación a legislación. En la ley italiana, el Juez ejerce un contralor de legalidad y de fondo. Esto es, de previo a impartir su aprobación al concordato, el Juez examinará no sólo el que se ajuste a las disposiciones legales pertinentes, la forma, sino que analizará también el fondo, su conveniencia para todos: para el fallido, para los acreedores y para el interés público que, innegablemente, matiza y condiciona toda la materia de quiebra. Igual situación encontramos en Francia. En España, por el contrario, las fa -

cultades del Juez están limitadas al contralor de forma.

Nuestra legislación mercantil se limita a prescribir que el Juez aprobará o improbará el convenio, sin aclararnos en base a qué el convenio puede ser aceptado o rechazado. Manifestamos que nos parecía conveniente limitar el contralor judicial a la forma, a la legalidad, suscribiendo con ello la posición de la ley española y los argumentos doctrinarios con que Provinciali ataca el contralor de fondo. Empero, en orden a ese interés público que se ve afectado cada vez que se produce la quiebra de un comerciante y que no puede desatenderse por ninguna circunstancia, creemos que el Juez debe ser un auténtico y verdadero contralor de la legalidad, y que la ley debe conferirle expresa e indubitablemente esas atribuciones, sin pretender con un escueto artículo resolver un problema cuya importancia la determinan los intereses privados y públicos en juego.

Expresa el artículo al que nos referimos (artículo 925 del Código Mercantil):

"Aprobado el convenio por la junta, se publicará en el periódico oficial por tres veces consecutivas. Si entre los quince días posteriores a la primera publicación no se presentare incidente alguno, el Juez resolverá lo que en derecho corresponda, aprobando o improbando el arreglo. Esa resolución, para todos los efectos legales, tiene el carácter de sentencia definitiva".

Y el artículo siguiente -926-, contiene las tres únicas causas por las cuales los acreedores pueden oponerse a la aprobación del convenio:

- 1) Defectos en la forma prescrita para la convocatoria de la junta;
- 2) Colusión entre el deudor y algún acreedor para llevar adelante el convenio; y
- 3) Deficiencia en el capital o en el número de acreedores ne
cesarios para formar mayoría".

Como es fácilmente observable, se trata de motivos formales, muy en especial, el primero y el tercero de ellos.

En la legislación civil la situación es idéntica.

Podría perfectamente ocurrir -porque no tiene nada de extraordinario- que se aprobara un convenio con un vicio de tal magnitud que ameritara el rechazo del Juez tan pronto como le fuera so
metido a su conocimiento. Podría ser, por caso, que los acreedores que aprobaron el convenio no representaran las tres cuartas partes del total del pasivo. Sin embargo, nuestra legislación obliga al Juez a esperarse que transcurran quince días para dictar una resolución que pudo haber dictado con mucha mayor rapidez para no entrabar ni retrasar el curso del proceso. Si el Juez tuviera facultades de un verdadero contralor de la legalidad, tal cosa no ocurriría, toda vez que, en ejercicio de esas atribuciones, el Juez examinaría de previo el concordato aprobado y darse en él todos los requisitos formales que la ley prescribe, or
denaría su publicación. Qué objeto tiene -cabe preguntar- el obligar al Juez a publicar el convenio y esperar que transcurran quince días, en una situación en que lo único que procedía era el rechazo inmediato? Por lo expuesto, conceptuamos que sería de gran conveniencia e interés el introducir en la nueva legislación mercantil una reforma sustancial en punto a la función, atribucioo

nes y facultades del Juez en la quiebra.

Otro problema no resuelto por nuestra legislación y que reputamos de gran importancia, es la situación que puede presentarse si el Juez, contralor de la legalidad, imprueba el convenio por motivos de forma. Podría proponerse en este caso un nuevo convenio? A simple vista pareciera que no hay base legal para no permitir que el deudor a quien le hubiere rechazado el Juez el convenio que sus acreedores habían aceptado, haga una nueva oferta de arreglo. Sin embargo, nos parece que no debe concederse en la ley la posibilidad de que el deudor y un grupo de sus acreedores se dediquen a proponer un convenio defectuoso tras otro, con el único propósito de no permitir el desarrollo normal del proceso al que, incluso, podrían obstaculizar indefinidamente. Consideramos, entonces, que en la ley debe prohibirse expresamente tal posibilidad, en aras de la tutela que el Estado debe ofrecer a los intereses de los acreedores y al interés público, cuya influencia en el proceso de una quiebra impone y justifica la intervención del Estado en temas hasta hace poco del dominio exclusivo de los intereses privados.

Han sido éstas algunas sugerencias que hemos creído útil hacer. Empero, lógicamente, no son las únicas que cabría formular. Tal como manifestáramos en un principio, en ningún momento hemos pretendido agotar el tema objeto de nuestra investigación, demasiado amplio y complejo para las dimensiones de un trabajo como el presente. Simplemente quisimos profundizar -un poco al menos- en una materia que juzgamos de gran importancia teórico-positiva y a la que, en nuestra opinión-, no se le ha dedicado aún toda la atención que merece.

B I B L I O G R A F I A

- RENZO PROVINCIALI: TRATADO DE DERECHO DE QUIEBRA
Volumen III - Editorial AHR
Barcelona - 1959
- JOSE A. RAMIREZ: LA QUIEBRA
Tomo III - Bosch, Casa Editorial
Barcelona - 1959
- HUMBERTO NAVARRINI: TRATADO DE DERECHO COMERCIAL -
VOL. VI - LA QUIEBRA -
Instituto Iditorial Rees- Madrid, 1943
- GEORGES RIPERT: TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO
COMERCIAL
IV- Contratos Comerciales, Quiebra y
Liquidación Judicial - Tipográfica Edito-
ra Argentina - Buenos Aires, 1954
- SALVATORE SATT A: INSTITUCIONES DEL DERECHO DE
QUIEBRA
Ediciones jurídicas Europa- América
Buenos Aires - 1951
- MANUEL CUZZERI - AN-
TONIO CICU: DERECHO COMERCIAL DE LA QUIE-
BRA
Volumen II -
Ediar, Soc. Anón. Editores
Buenos Aires - 1954
- C. J. VARANGOT: MANUAL DE QUIEBRAS
Abeledo - Perrot - Buenos Aires, 1959
- JOAQUIN GARRIGUES: TRATADO DE DERECHO MERCANTIL
Tomo II - Editorial Revista de Derecho
Mercantil, Madrid. Edición Octubre 1955
- JOAQUIN RODRIGUEZ R.: DERECHO MERCANTIL
Editorial Porrúa. S. A.
México - 1960
- ALFREDO ROCCO: PRINCIPIOS DE DERECHO MERCANTIL
Editorial: Editora Nacional S. A.
México 1955
- EUFRACIO LOZA: CURSO DE QUIEBRAS
Editorial Assandri
Córdoba, Argentina - 1952