

**ACUERDOS DENTRO DE LA QUIEBRA
(REHABILITACIÓN DEL FALLIDO)**

Héctor Chávez Carmona^(*)

Abogado costarricense

(Recibido 15/09/05; aceptado 05/04/06)

(*) Teléfono 291-3065
e-mail: hectorhc@racsa.co.cr

RESUMEN

Actualmente es impensable realizar un estudio de la quiebra, como instituto jurídico, si no se analizan paralelamente las posibilidades que tienen las partes involucradas, de llegar a acuerdo más beneficiosos para ellos, en lugar del fin normal que es la simple liquidación de los activos del fallido.

Palabras clave: quiebra, concordato, deudor, acreedores, empresa.

ABSTRACT

Presently, it is unthinkable to carry out a study on bankruptcy as a juridical institute if the possibilities that the involved parties have to reach a more beneficial settlement are not also analyzed, instead of the usual outcome which is the simple liquidation of the bankrupt party's assets.

Key words: bankruptcy, debtor organization plan, debtor, creditors, company.

SUMARIO

Introducción

Capítulo único: acuerdos dentro de la quiebra

Sección I

Modos normales y anormales de terminación de la quiebra

- i) Modos *Normales* de acabar la quiebra
- ii) Modos *Anormales* de acabar la quiebra

Sección II

Breve reseña histórica del concordato

Sección III

Contenidos de la propuesta de concordato

Tipos de concordatos más utilizados

Sección IV

Generalidades y particularidades del sistema de concordato

- i) Voto mayoritario de los acreedores
- ii) Oposición y homologación del concordato

Sección V

Efectos del concordato

- i) Efectos de Derecho Procesal
 - a) Pone fin al juicio de quiebra
 - b) Rehabilitación del Fallido
 - c) Cesan en sus funciones los Órganos de la Quiebra
- ii) Efectos de Derecho Material
 - a) Es de acatamiento obligatorio
 - b) Extinción de la parte remitida
 - c) Repetición de la Quita

Sección VI

Nulidad y resolución del concordato

- i) Nulidad del concordato
- ii) Resolución del concordato

Sección VII

El problema de la cosa juzgada producido por la resolución que homologa el concordato

Conclusión

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Hoy por hoy, es impensable realizar un estudio comprensivo de la Quiebra, como instituto jurídico, si no se analizan paralelamente las posibilidades que tienen las partes involucradas, de llegar a acuerdos más beneficiosos para ellos, en lugar del fin normal que es la simple liquidación de los activos del fallido.

Estos acuerdos, no solo flexibilizan el proceso liquidatorio propio de la Quiebra, sino que eventualmente representan una solución mucho más acorde con una tesis de Derecho Privado (en vez de Derecho penal); que es donde la figura en realidad se ubica.

Aspecto fundamental dentro del tema a desarrollar, es la preservación de la empresa que de algún modo se pretende en algunos de los acuerdos que se dan dentro de la Quiebra. Así como en materia contractual, existe el Principio de la Preservación de los contratos, mediante el cual se intenta conservar los mismos (salvo la existencia de incumplimientos graves por una de las partes), en materia concursal se podría proponer de manera analógica, el principio de la Preservación de la Empresa.

Ahora bien dichos Acuerdos, por darse dentro de un proceso Judicial ya declarado, tienen formalidades que le otorgan un carácter especial y particular, y sobre las cuales se vuelve menester concentrarse en este estudio, para determinar con precisión el mecanismo distintivo por el cual operan.

CAPÍTULO ÚNICO

ACUERDOS DENTRO DE LA QUIEBRA

Sección I

MODOS NORMALES Y ANORMALES DE TERMINACIÓN DE LA QUIEBRA

Partiendo de una tesis procesalista, en prácticamente todos los procesos (ejecutivo, ordinario, concursal, etc.) se puede hablar de dos modos de terminación de los mismos: el *normal*, y el *anormal*.

Sin embargo, hay algunos autores que para el caso concreto de la Quiebra, no conciben hacer tal diferenciación de los modos de terminación de ésta.⁽¹⁾

Según nuestro criterio, por las razones que esbozaremos más adelante, es conveniente adoptar la primer posición doctrinaria señalada, con las salvedades que oportunamente le haremos. Valga por el momento simplemente acotar, que la importancia en asumir la posición diferenciadora entre modos normales y anormales de terminación del proceso, es la de diferenciar en cuanto a los efectos de cuándo termina la quiebra.⁽²⁾

En la misma línea de diferenciar entre modos *normales* y *anormales* de terminación de la quiebra, está el diferenciar entre “*la clausura de la quiebra*” y “*la cesación de la quiebra*”.

Veamos la diferencia entre ambos, a la que la doctrina partícipe de hacerla recurrir: Con **el completo reparto del activo** entre los acreedores (liquidación del activo), o con el pago íntegro (por capital e intereses anteriores a la quiebra) a los acreedores, aun sin completo reparto (o sea, **con la liquidación del pasivo**), cesa la razón de ser de la quiebra: el procedimiento colectivo se agota; **la quiebra se cierra**. El Curador debe, naturalmente, dar el rendimiento de cuentas de su gestión (a los acreedores o al quebrado, según las hipótesis indicadas). Este rendimiento de cuentas debe ser aprobado, y cuando lo sea y los acreedores hayan obtenido sus mandatos de pago, el Curador solicitará del Tribunal que, una vez constatada la liquidación efectuada (art. 807 del Código Procesal Civil, o, por sus siglas C.P.C.), o la absoluta imposibilidad de realizar algunos créditos restantes, (arts. 803 y 808 del C.P.C.; ambos concordados en sus párrafos primeros), declare, mediante sentencia, cerrada la quiebra (art. 808, párrafos 1 y 2 del C.P.C.). En tales casos, **la clausura de la quiebra es definitiva**, no provisional; no cesan solamente las operaciones de quiebra, sino que termina y se agota definitivamente la misma, y el Tribunal, con su sentencia, no hace sino constatar y declarar este estado de cosas.

(1) En este sentido, BONELLI, SEMO, SATTI, PROVINCIALI, AZZOLINA, RODRÍGUEZ, etc., citados por RAMÍREZ (José A.), *La Quiebra*, Tomo III, BOSCH, Casa Editorial – Urgel, 51 bis – Barcelona, 1959, 839 págs.

(2) Esta posición es la asumida por RAMÍREZ, NAVARRINI, CUZZERI, CICU; entre otros, *ibídem*, págs. 16, 20 y 22.

Sin embargo, no siempre la quiebra se cierra después de haber seguido su curso normal; hay casos en que éste queda truncado durante su desenvolvimiento por perfección de acuerdos. He aquí el **convenio**; nuestro tema. Y en tal caso, si bien cesan las operaciones de la quiebra, no desaparece enteramente la fundamental condición de la quiebra: la cesación de pagos. Razón por la cual la eventual revocación de la sentencia de clausura, no crea un quebrado nuevo, sino que debe hacer considerar al deudor como si hubiera sido siempre quebrado, y, si la reapertura se verifica, la actividad anterior del deudor debe considerarse como actividad de un quebrado. Este fundamental principio se recoge en el art. 947 del Código de Comercio.

Lo recién dicho, nos revela la importancia que señaláramos anteriormente en cuanto a la importancia de hacer la diferencia entre **clausura** como acabamiento definitivo de la misma, o acabamiento normal del proceso, y cesación de la quiebra por otro lado, **como interrupción o acabamiento temporal o provisional de las operaciones de la quiebra**, o bien como acabamiento anormal. A todo lo dicho es importante aclarar, que la Cesación bien puede desembocar en una clausura; pero no al revés.⁽³⁾

Procedemos ahora a ahondar en dicha clasificación procurando hacerla de manera estricta, no sin antes dejar en claro que alguna parte de la doctrina, habla también de modos normales y anormales de terminación de la quiebra en el entendido de normal como usual, y de anormal como poco común.⁽⁴⁾ De allí que como veremos, el Convenio o Concordato, que es considerado técnicamente como un modo anormal de terminación de la quiebra, por algunos es considerado normal en el sentido que estadísticamente es lo que más ocurre.

(3) Es importante hacer la salvedad y dejar advertido, que si bien por razones sistemáticas de estudio es conveniente hacer la diferencia entre ambos modos de terminación de la quiebra, ésta clasificación conlleva el problema de entrada, que si consideramos a la “cesación” como “*un acabamiento temporal*” de la quiebra, pues resultaría semánticamente contradictorio tal denominación por cuanto el **acabar** implica un final definitivo y no con carácter suspensivo.

(4) En este sentido, RIPERT (Georges), *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954, 563 págs.

El tema lo consideramos fundamental por lo que procedemos a profundizar en él:

i) Modos Normales de acabar la quiebra

El fin del proceso de quiebra es la satisfacción de todos los acreedores con la liquidación de los bienes del deudor, se comprende también que el proceso de quiebra debe extinguirse cuando se ha conseguido la satisfacción de los acreedores (en todo o en parte, según el caso), o cuando no pueda ya ser conseguido (art. 808 del C.P.C.). Así pues, el pago es el modo normal de clausurar la quiebra, ya que, como extinción de la mayoría de las obligaciones y sobre todo de los procesos ejecutivos, el pago es acto jurídico sustancial ya sea a la relación o al proceso.⁽⁵⁾ Ahora bien, normalmente ese pago en la quiebra se hace con el fruto o producto de la liquidación de los activos. Sin embargo, otra posibilidad es el que un tercero, en atención al quebrado y por razones de conveniencia y oportunidad empresarial, asuma por éste el pago liberatorio frente a sus acreedores. En el caso de la liquidación de activos, estamos frente a un pago coactivo que se hace con bienes de la quiebra, y en el otro, frente a un pago extraconcursal voluntario hecho por un tercero. En cualesquiera de ellos la finalidad de la quiebra se alcanzó: el pago a los acreedores, y por lo tanto se deberá proceder a la clausura de la misma. La hipótesis del pago hecho por un tercero, está previsto por el párrafo primero del artículo 796 del Código Procesal Civil, en aplicación de lo que consideramos una incorrecta técnica legislativa. Lo anterior, por cuanto la Sección Séptima de dicho cuerpo de leyes denominada “Convenio entre los acreedores y el concursado”, bajo el cual se ubica el mentado artículo 796, debería ser considerada –la sección entera– como un modo anormal de terminación de la quiebra (tal y como veremos más adelante); sin embargo, al incluir el artículo la posibilidad que un tercero liquide los pasivos del concursado dentro de un convenio (Concordato), se mezclan erradamente los modos normales de terminación de la Quiebra con los anormales.

ii) Modos Anormales de acabar la Quiebra

La nota característica de estos modos anormales de terminación de la Quiebra, se da cuando el procedimiento de quiebra una vez

(5) En el caso de los procesos concursales, claro está, será requisito formal adicional la resolución respectiva del juez, y la cual es regulada en nuestro sistema por el numeral 808 párrafo 2 del Código Procesal Civil.

instaurado de conformidad con los requisitos legales respectivos, cesa, antes que se repite agotado de la manera estudiada en el acápite anterior. Tal situación se presenta cuando a través de determinado medio procesal se *trunca, corta, interrumpe o suspende* el natural curso del proceso. Ese giro que da el proceso antes de su finalización normal, entendida esta como clausura definitiva, es la nota característica de los modos anormales de acabar con la quiebra. En general, la doctrina y las distintas legislaciones reconocen dentro de esta categoría los siguientes supuestos: a) Revocación de la Quiebra, b) Caducidad y prescripción de la instancia, c) Desistimiento de los petentes acreedores, d) Inasistencia de los acreedores a las juntas, e) inexistencia de la obligada e insoslayable pluralidad de acreedores contra el común deudor, por entender que en el caso de un acreedor único no procede la quiebra (art. 760 del C. Com.), y e) sobre la que versa este ensayo, el **Convenio** o **Concordato** entre el quebrado y sus acreedores (art. 796 y siguientes del C.P.C., y art. 933 y siguientes del Código de Comercio).

Sección II

BREVE RESEÑA HISTÓRICA DEL CONCORDATO

La idea de que sea la mayoría de los acreedores la que decida sobre la suerte del deudor, es antigua. Se la encuentra en los usos de las ferias para el *salvoconducto* a conceder al deudor. En las ferias de Lyon y de Champagne, los acreedores del fallido podían, por mayoría y bajo control de la justicia, firmar un convenio que era obligatorio incluso para los que se oponían. En las ciudades italianas de la Edad Media, se encuentra también el concordato de la mayoría. Los comerciantes lo defienden fundándolo en la idea del interés común. La ordenanza de 1673 y la declaración del 13 de septiembre de 1739 –ambas francesas–, lo reglamentan. Se trata, pues, de una institución muy antigua.⁽⁶⁾

(6) RIPERT (Georges), *op. cit.*, pag. 408.

Sección III

CONTENIDOS DE LA PROPUESTA DE CONCORDATO TIPOS DE CONCORDATOS MÁS UTILIZADOS

Si a través del juicio de quiebra (proceso de ejecución colectiva) se pretende obtener mediante la liquidación o realización del activo del deudor, la satisfacción de los créditos en su contra, y si el convenio o concordato concursal busca la satisfacción de los acreedores por un procedimiento diverso al de la liquidación en el juicio de quiebra, al que pone fin (tal y como lo estudiáramos en la Sección I de este ensayo), se comprende que el convenio o concordato sólo tenga un contenido, el cual implica necesariamente un modo de satisfacer los créditos contra el común deudor. Y si se tiene en cuenta que la quiebra es la insolvencia, con la imposibilidad de satisfacer a tiempo los créditos suscritos originalmente entre el deudor y sus acreedores, se desprende entonces que la satisfacción de los créditos mediante el convenio sólo pueda atenderse o con: a) la cesión de los insuficientes bienes del deudor (**Concordato de Cesión de bienes, o Concordato por abandono de activo**),⁽⁷⁾ o con b) una quita o rebaja de los créditos, expreso en el numeral 943 del Código de Comercio (Concordato Remisorio o Condonatorio), o con c) la espera o dilación para su pago (Concordato Dilatorio), o con d) una mezcla del Concordato Remisorio con el Dilatorio (Concordato Mixto). De alguna manera con todos estos tipos de Convenio (salvo con el Concordato por abandono de activo), se puede pensar en que se pretende preservar la empresa en vez de aniquilarla, con todos los aspectos mercantiles y sociales positivos que ello implicaría; no solo para el fallido sino para los acreedores también.⁽⁸⁾ Dicha intención es implícitamente recogida en nuestra legislación por el art. 948 del Código de Comercio.

Sección IV

GENERALIDADES Y PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DEL CONCORDATO

La quiebra puede desembocar en 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

(7) *Ibidem*, pág. 424. Este tipo de Concordato era el utilizado para rehuir a la prisión por deudas.

(8) VICENTE Y GELLA, citado por RAMÍREZ (José A.), *op. cit.*, pag. 125.

arreglo de sus relaciones consistente de ordinario en la oferta de pago de un porcentaje de cada uno de los créditos. Se realiza en tal hipótesis un Concordato, al que la ley considera precisamente como causa de cesación de la quiebra. Para el autor Salvatore Satta el elemento del porcentaje es natural, si no esencial al Concordato,⁽⁹⁾ aunque no exclusivo, ya que el concordato puede tener también un contenido diverso del pago puro y simple de un porcentaje (pago parcial liberatorio), cual sería una propuesta sobre el pago total; en cualquiera de los dos casos: inmediatamente o a plazos. En ambos casos, el fallido hará el pago liberatorio –total o parcial– con la condición de que será liberado respecto a los acreedores y que la quiebra cesará.⁽¹⁰⁾ Más para que se dé ese carácter liberatorio, la doctrina y legislaciones generales señalan como exigencias formales: **i)** La propuesta del deudor debe obtener de los acreedores un voto mayoritario favorable, y **ii)** El Concordato debe ser homologado por el Órgano Jurisdiccional competente de la Quiebra.⁽¹¹⁾

Sin embargo, en este punto relativo al pago porcentual-parcial es importante nuevamente detenernos, ya que si nos estamos al tenor de lo dispuesto por el art. 796 de nuestro Código Procesal Civil, estaría excluida esta posibilidad considerada por buena parte de la doctrina. Es decir, abruptamente dicho artículo establece que el convenio se dé sólo cuando un tercero acepte pagar por cuenta suya a nombre del fallido, para así liberar a éste frente a sus acreedores, sin posibilidad que el propio deudor ofrezca un porcentaje de su propio patrimonio a los diferentes acreedores de la quiebra, sin recurrir a la presencia de un tercero que interceda por el fallido. Así las cosas, la amplitud presente en el numeral 933 del Código de Comercio, para formular un arreglo o convenio entre el fallido y sus acreedores, se limita procesalmente por el artículo 793 del Código Procesal Civil al incluir –necesariamente– en la escena del Convenio a un tercero. Viéndolo desde un ángulo meramente contractual, parecería que el artículo 1026 y siguientes del Código Civil, serían aplicables para determinar eventualmente el carácter vinculante de ese tercero con relación al Convenio entre el fallido y sus acreedores.

(9) SATTÀ (Salvatore), *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, 682 págs.

(10) RIPERT (Georges), *op. cit.*, pág. 408.

(11) GUYENOT (Jean), *Curso de Derecho Comercial*, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1975, 529 págs.

De lo expuesto, se puede deducir como particularidad del Concordato, que éste tiene carácter **oneroso**. De allí que la remisión total de las deudas, no podría ser una propuesta negociable dentro del convenio.

i) Voto mayoritario de los acreedores

Es importante, antes de seguir adelante, señalar un aspecto particular del Concordato que influye sobre la libre disposición de los derechos de los acreedores, nos referimos a la necesaria armonización de los intereses de todos los acreedores, por lo que no debe ser admisible que la voluntad contraria de un solo acreedor pueda hacer vana la voluntad acorde de todos los otros. Ello por cuanto dentro del convenio erguido, se perfila una solidaridad de intereses entre los acreedores (que no existe en la quiebra) por la cual ellos se oponen al deudor no como individuos, sino como masa, o, si se quiere, como unión organizada, cuya voluntad es expresada por la mayoría, y por una mayoría particularmente calificada (de número y de capital). En nuestro sistema esta mayoría está contradictoriamente regulada por un lado por la concordancia de los arts. 796 último párrafo del Código Procesal Civil, con el 948 del Código Civil, y por otro, por los artículos 913, 938 y 939 del Código de Comercio. En ambos casos se establece como requisito una mayoría calificada en votos de capital de las tres cuartas partes del pasivo, sin embargo en el caso de los numerales 913, 938 y 939 del Código de Comercio, pareciera mejor el enunciado por cuanto se separan de antemano de la votación a los acreedores privilegiados; lo cual no ocurre en el 948 del Código Civil. La decisión de esta mayoría vincula a todos los acreedores, y no sólo a los acreedores concurrentes (y, por tanto, llamados a expresar su voluntad), sino también a los concursales que, por cualquier motivo, no hubiesen participado efectivamente en la junta. Justamente, este **carácter vinculante** del Concordato respecto de los acreedores, por su emanación de la masa, como unión organizada, se inserta en el procedimiento de la quiebra, de la cual comporta la cesación. Incluso, los órganos de la Quiebra quedan también vinculados a lo allí acordado, sin poder ignorarlo como si fuera un contrato privado ajeno a la Quiebra, y deben proceder en una aplicación conforme a lo acordado en él. Así pues, en cuanto a la vinculatoriedad del contrato para los acreedores disidentes, ésta se explica por el carácter colegial que asume la deliberación de los acreedores; la vinculatoriedad para los no concurrentes es una consecuencia legal, así como es consecuencia legal la cesación de la quiebra.

Teniendo presente el contenido señalado ha de excluirse además que se pueda ver en el concordato una novación, una remisión, o bien una transacción; se trata de una estimación convenida del resultado probable de la liquidación, y de la aceptación de este resultado fuera de la liquidación, con efecto liberatorio para el deudor.⁽¹²⁾ Creemos pues conveniente indicar, que el Convenio otorgaría (si se llega a homologar; claro está) una eficacia modificativa, sobre todas las relaciones preestablecidas a la Quiebra entre el deudor y sus acreedores, y no constitutiva.

Esto nos lleva directamente a una discusión importante, en cuanto a qué ocurre cuando dicho Convenio atente contra la prelación de créditos establecida por la misma ley. De alguna manera, los arts. 786, 788, y 791 del Código Procesal Civil denotan el resguardo que se debe tener a favor de los derechos adquiridos por los acreedores privilegiados, lo cual dejaría relegado el Concordato únicamente para los acreedores quirografarios. En este mismo sentido, Satta establece que los **sujetos del Concordato** son el deudor proponente y los acreedores quirografarios. Los acreedores privilegiados, sean los prendarios, hipotecarios u otros, no participan, en el Convenio, porque ellos deben ser satisfechos íntegramente, y, por consiguiente, no tienen interés en el concordato mismo; salvo que exista –claro está– una rara renuncia voluntaria y expresa.⁽¹³⁾ Lo anterior avala la tesis que esbozamos supra, en el sentido que consideramos mejor construidos los arts. 913, 938 y 939 del Código de Comercio, sobre el 948 del Código Civil, y por ende creemos aquéllos son los llamados a ser aplicados.

ii) **Oposición y Homologación del Concordato**

Después de celebrada la Junta en donde se conoció del Convenio, y antes de la homologación del Convenio; se le otorga el plazo respectivo a los acreedores para formular oposiciones al mismo. Nuestra legislación mercantil es conteste con buena parte de la doctrina, en que

(12) Interesante ver cómo como aunque el mismo Satta reconoce el carácter liberatorio del Convenio, considera que subsiste aún después de éste, una obligación natural del deudor por el resto faltante para completar el importe íntegro de la obligación originaria, una vez cancelada el porcentaje convenido. SATTÀ (Salvatore), *op. cit.*, p. 392.

(13) *Ibidem*, p. 395.

los acreedores legitimados activamente para formular tales oposiciones son: a) los acreedores disidentes, o sea, aquellos que hubiesen votado en contra del convenio, y b) aquellos acreedores ausentes, o sea, los que no hubieren concurrido a la junta (Primer párrafo art. 941 del Código de Comercio). Así las cosas, no están legitimados activamente los acreedores, que según el acta levantada al efecto, hayan asentido en el Convenio. Tampoco podrán oponerse los acreedores que no tienen derecho de asistencia a la Junta, como lo son los que no tengan un crédito admitido y aprobado por auto firme, o los privilegiados. Alguna parte de la doctrina, considera la situación de los oponentes a quienes no les prosperó su oposición, como uno de los pocos casos en que el derecho privado admite que un acreedor sea expropiado de una parte de su derecho en virtud del interés general. Sin embargo, de alguna manera este derecho de oposición otorgado a las **minorías**, refleja una ulterior protección que el legislador le quiso otorgar a éstas, observando **tres grandes principios** que dominan la celebración del Concordato: a) imposibilidad de sacrificio total; b) prohibición de modificar la naturaleza del derecho, c) respeto de la igualdad entre los acreedores.

Interesante es por último acotar, en cuanto a las oposiciones dentro de nuestro sistema mercantil, como éstas se pueden formular pero no por razones de fondo o conveniencia, sino solo se admiten aquellas que tengan motivaciones meramente formales; de conformidad con el art. 941 del Código de Comercio, y el 798 párrafo primero del Código Procesal Civil concordado con el art. 965 del Código Civil.

Entrando al tema de la **homologación**, el legislador no ha querido dejar a los acreedores el derecho absoluto de acordar el Concordato. El autor francés Ripert anecdóticamente ha comentado: *“Ha temido una conformidad demasiado fácil, dada por acreedores cansados. Se ha visto a célebres estafadores obtener de sus víctimas un concordato entusiasta.”*⁽¹⁴⁾ Lo cierto es que, habiendo o no oposición, corresponde al tribunal homologar el Concordato.

Pero para algunos dicha homologación, implica no solo un control de legalidad sino también de fondo.⁽¹⁵⁾ La legalidad concierne a la observancia de las prescripciones legales para la admisión y la validez

(14) RIPERT (Georges), *op. cit.*, pag. 416.

(15) SATTA (Salvatore), *op. cit.*, págs. 405 y ss.

del concordato. Por tanto, el Tribunal controla si todos los acreedores han sido informados de la propuesta, si las exclusiones del voto han sido regulares, si el cálculo de las mayorías es exacto, etcétera. El fondo concierne a la conveniencia del concordato, 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 (sin caer exactamente en un error material, por ejemplo una inadecuada apreciación de la empresa dentro de la economía nacional). Y la conveniencia no es solamente una cuestión de relación entre porcentaje y patrimonio del deudor, sino también de garantía del pago, y por tanto de solvencia del garante o del que asume el concordato, etc. Para parte de la doctrina, la conversión del juez encargado de la homologación, en un contralor de fondo no es inconciliable con la naturaleza contractual del concordato, para otro sí lo es. Para SATTÁ por ejemplo, la homologación o no por razones de fondo no es inconciliable con la naturaleza contractual del Concordato en razón de intereses objetivos que se persiguen con éste. En la misma línea GUYENOT, para quien el Tribunal puede negar las ofertas hechas por el deudor y aceptadas por el voto de los acreedores, si éstas no son serias, o bien por razones de interés público.⁽¹⁶⁾ Para PROVINCIALI en cambio, dicho tipo de control sí desnaturaliza el carácter contractual de la figura en estudio.

Nos inclinamos por la posición de Provinciali, sobre todo por que estamos ante un convenio de naturaleza patrimonial, según el cual las partes se pueden desprender de la porción de su patrimonio que deseen por estar este disponible al antojo de su propietario. Igual criterio pareció seguir también nuestro legislador al establecer el párrafo segundo del numeral 798 del Código Procesal Civil, en relación con el 965 del Código Civil.

Sección V

EFFECTOS DEL CONCORDATO

El Concordato pone fin a la quiebra y modifica las relaciones jurídicas entre el deudor y los acreedores. Establecido bajo el control de la justicia, es en lo sucesivo ley de las partes. No cabe admitir ninguna

(16) GUYENOT (Jean), *op. cit.*, pág. 244.

modificación posterior por una junta de acreedores sobre la base de mayoría. Sin embargo, no podrían prohibirse, después de la homologación, los acuerdos particulares con determinados acreedores. El concordato crea a beneficio de cada acreedor un nuevo derecho de crédito que tiene por objeto el *dividendo convencional*. Este derecho es susceptible de un convenio particular.⁽¹⁷⁾ A lo anterior hay que hacerle la salvedad, que si dichos acuerdos particulares se dan antes de la celebración de la Junta, o después de ésta y contraviniendo a lo acordado en ella en perjuicio de los demás acreedores, el convenio particular sería nulo de conformidad con el numeral 937 del Código de Comercio; por violar el principio de la justicia distributiva, o más técnicamente (según la materia en estudio) por violar el principio de la *par conditio creditorum*.

Los acreedores que no se presentaron a la Junta habiendo estado admitidos, o los que votaron contra el Convenio, quedan obligados a sufrir sus efectos según las pautas acordadas por la mayoría. Incluso, en el caso de un Concordato remisorio, no podrían alegar una anulación de dicha remisión si el fallido deviniera con el tiempo a mejor fortuna, o si hubiera un sobrante de los activos una vez hecha la repartición acordada. Lo anterior salvo pacto en contrario (art. 943 del Código de Comercio). Los efectos del Concordato se hacen extensivos, incluso para aquellos acreedores no admitidos; por no haber legalizado oportunamente su crédito dentro del procedimiento concursal. Para éstos, el derecho que les subsiste de cobrarles al deudor una vez aprobado el Convenio, es sólo de una parte igual a la que les habría correspondido de la porción acordada en el Concordato; si hubieren legalizado su crédito oportunamente en la quiebra (art. 944 y 945 del Código de Comercio).

Conviene en este punto hacer una clasificación entre los efectos procesales, y los sustanciales o de fondo, que produce el Concordato una vez votado favorablemente en Junta de acreedores y aprobado judicialmente.

i) Efectos de Derecho Procesal: Los principales efectos de derecho procesal que la homologación o aprobación judicial del convenio produce, son los siguientes:

a) *Pone fin al juicio de quiebra:* Si bien la finalidad perseguida en tal juicio era liquidar el patrimonio del deudor para aplicar su

(17) RIPERT (Georges), *op. cit.*, pág 421.

importe, mediante reparto, a la extinción del pasivo en su contra, es natural que si los acreedores convienen con el quebrado un sistema distinto liquidatorio, aquella finalidad decaiga ante la nueva situación creada. En ese sentido, el art. 800 del Código Procesal Civil indica que “... se tendrá por terminado el concurso...”

b) Rehabilitación del fallido: El Derecho Comercial toma del derecho penal la idea de la rehabilitación. El comerciante que se conduce bien, debe ser dispensado de las inhabilitaciones de la quiebra. Antiguamente los Códigos de Comercio, establecían condiciones tan severas para las rehabilitaciones; que rara vez se alcanzaban. En Francia por ejemplo, no había más de cinco rehabilitaciones por cada mil. Históricamente, y en diferentes legislaciones, han existido distintos tipos de rehabilitados. Entre los varios ejemplos de rehabilitados (concordatarios o no), i.b.1) tenemos que en algún momento como medida especial se estableció la rehabilitación de antiguos fallidos que se habían distinguido en las operaciones militares. Otro ejemplo, i.b.2) son las leyes de amnistía que contienen a menudo disposiciones relativas a los fallidos. Otro son los casos de: i.b.3) los fallidos fallecidos, que podían ser rehabilitados después de su muerte como una satisfacción moral concedida a su memoria. Otra era: i.b.4) la rehabilitación judicial de derecho, que operaba como recompensa del fallido que habían pagado todas sus deudas en capital, intereses y gastos, aún siendo concordatario. Aquí el deudor debía simplemente demostrar haber cancelado las sumas que adeudaba. Otra era: i.b.5) la rehabilitación legal, en la cual el fallido simplemente lo que tenía que hacer era aguardar pacientemente la expiración del plazo legal de 10 años del auto declarativo, sin estar obligado a hacer el menor esfuerzo para pagar a sus acreedores. Llegaba a suceder paradójicamente aquí, que a veces ocurría que la quiebra aún no estaba clausurada, cuando el fallido ya se encontraba rehabilitado.

La mayoría de legislaciones también prohibían la rehabilitación de aquellos fallidos culpables o fraudulentos, o que hubieran sido condenados por robo, estafa o abuso de confianza, a menos que hubieran sido rehabilitados desde el punto de vista penal.⁽¹⁸⁾ La motivación de estas prohibiciones se asentaba en que, si bien no eran fallidos culpables o fraudulentos, siempre habían cometido otros delitos

(18) Art. 612 del Código de Comercio Francés, RIPERT (Georges), *op. cit.*, pág. 450.

contra la propiedad ajena, la cual de alguna manera es el bien jurídico protegido en la quiebra. En Costa Rica, de manera un tanto similar, el art. 951 del Código de Comercio, permite la rehabilitación de aquellos fallidos declarados culpables tan pronto cumplan la pena que les fuere impuesta o fueren indultados, y hayan pagado íntegramente a sus acreedores o comprueben que han cumplido en todas sus partes el convenio celebrado con éstos. Para el caso de los quebrados fraudulentos, la situación es un tanto más gravosa, ya que sólo podrán ser rehabilitados (art. 952 del C. Com.) si hubiesen pagado íntegramente sus deudas y después de transcurrir tres años desde el cumplimiento de la pena que les fuere impuesta o de la fecha en que hubieren sido indultados. Importante aclaración, hace el numeral 953 del cuerpo de leyes citado, al establecer que el pago íntegro aludido en el 952 y 953 se refería al efectuado con el haber de la quiebra o mediante entregas posteriores. Veamos la siguiente comparación, para comprender mejor la situación del fallido que se rehabilitará a través de un Concordato. Si la declaración de quiebra produce la inhabilitación del quebrado para la administración y disposición de sus bienes, de los cuales queda desapoderado, se comprende que el levantamiento de la quiebra, gracias al convenio, cancele aquella inhabilitación. Siguiendo el numeral 948 del Código de Comercio, y el 800 párrafo segundo del Código Procesal Civil, el Convenio produce la rehabilitación del fallido, en consecuencia, será repuesto en el ejercicio de todos sus derechos, acciones, bienes, libros, efectos y papeles, y el Curador deberá rendirle cuentas de su administración en un plazo perentorio. El autor GARRIGUES expresa que aprobado el Convenio: “el deudor vuelve a ser puesto al frente de la administración de sus bienes, cesando los Síndicos en sus funciones, previa rendición de cuentas al quebrado”.- c) Cesan en sus funciones los Órganos de la Quiebra: Se podría pensar que si con el Convenio homologado, la Quiebra cesa, y el proceso se da por provisionalmente terminado, pues igualmente ocurriría con los órganos creados durante ese proceso. Sin embargo, nos parece acertado el criterio del autor Rodríguez, en el sentido que si los órganos de la quiebra desaparecen, puesto que cesan en sus funciones el Juez, la intervención, la Sindicatura y aún la Junta de acreedores, ello no es obstáculo para que eventualmente en virtud del convenio pueden reservarse algunas funciones a uno y otro órgano. Esa “posibilidad” de permanencia de los órganos aún después de homologado el Convenio, es la que pareciera recoger nuestro Código de Comercio; por lo menos es claro tal hecho en relación con el Curador y los interventores de la quiebra, al interpretar a contrario sensu la última parte del art. 948 con relación al curador, concordada con el 942 para efecto de incluir a los interventores.

ii) Efectos de Derecho Material: Los principales efectos de derecho sustantivo que la aprobación judicial del convenio produce, son los siguientes:

a) Es de acatamiento obligatorio para el quebrado y sus acreedores cuyos créditos daten de fecha anterior a la declaración de quiebra: Siguiendo al autor GONZÁLEZ HUERBA, el Convenio aprobado es obligatorio para todos los acreedores, los ausentes y los presentes, los que hayan disentido y los que hayan votado a su favor; todos, excepto los de dominio y los hipotecarios que no hayan tomado parte (dentro de nuestro sistema serían todos los privilegiados), quedan sujetos a cobrar en los plazos que se señalen, y a perder la parte proporcional que se remita o perdone, sin derecho para recobrarla como no se pacte expresamente.⁽¹⁹⁾ Obliga pues, a todos los acreedores concursales, llegaran o no a ser concurrentes, comprendidos o no en el balance, hayan tomado o no parte en el procedimiento, hayan legalizado o no su crédito, lo mismo que aquellos que este pendiente de reconocimiento (arts. 945 y 944 del Código de Comercio). Por lo tanto, conseguida la aprobación judicial del convenio, y salvo que se produzca su posterior revocación o resolución, las relaciones crediticias del quebrado y sus acreedores se rigen, a partir de entonces, por los pactos del convenio, los cuales sustituyen a los que primitiva y privativamente regulaban aquellas relaciones. He aquí la eficacia modificativa que opera, y de la cual habláramos en alguna línea supra.

b) De no mediar pacto expreso en contrario, los créditos quedarán extinguidos definitiva e irrevocablemente en la parte de que se hubiere hecho remisión al quebrado: Nuestro artículo 943 del Código de Comercio, establece que en virtud del convenio quedan extinguidas las acciones de los acreedores por la parte de los créditos de que se hiciese remisión al quebrado, aun cuando éste viniera a mejor fortuna, o le quedare algún sobrante de los bienes del concurso, salvo pacto en contrario. Va más allá dicha norma y aplica la remisión aludida a los fiadores del quebrado y a los obligados solidariamente. Con relación a este efecto sustancial del Convenio, los autores GÓMEZ DE LA SERNA y REUS,⁽²⁰⁾ plantean una problemática interesante en el sentido de determinar si la “ventaja” aquí acordada a favor del

(19) GONZÁLEZ HUERBA, citado por RAMÍREZ (José A.), *op. cit.*, pág. 226.

(20) *Ibidem*, pág. 229.

deudor, en cuanto a la parte remitida, aplicaría para el caso en que él incumpliera el Concordato. Es nuestro criterio, que para tal caso si el deudor ha incurrido en un incumplimiento doloso, no cabría la aplicación de la extinción sobre la parte remitida. Lo anterior en aplicación del art. 701 del Código Civil. Sin embargo, subsistiría el problema de qué ocurriría ante un incumplimiento con culpa. El autor GONZÁLEZ HUEBRA nos otorga una luz para resolver este problema, si fuera el caso de proceder contra el fallido por resolución contractual por incumplimiento, “se constituye otra vez el deudor en quiebra, como lo estaba antes, volviendo las cosas al mismo estado”,⁽²¹⁾ con lo cual pareciera acertado considerar para este caso, que tampoco cabría la aplicación de la extinción sobre la parte remitida. En sustento de esta tesis, la última frase del mismo art. 947 del Código de Comercio, según el cual en tal caso, más en el de la nulidad y en cualquier otro en que sea necesaria la reapertura del procedimiento de la quiebra, “*las concesiones otorgadas quedarán sin efecto*”. De tal suerte que lo correcto sería a nuestro criterio, en vez de hablar de la “extinción de las acciones de los acreedores por la parte remitida”, de una condición suspensiva que recaería sobre dichas partes remitidas de los créditos, y que se haría efectiva la remisión una vez cumplido el Concordato; en el entretanto permanecen suspendidos los efectos de dicha remisión.

c) Sólo mediante pacto expreso, los acreedores que hubieren aprobado una quita o remisión parcial, tendrán derecho a repetir contra los bienes que posteriormente adquiera el quebrado, hasta el completo cobro: De alguna manera este enunciado es el mismo que el anterior en sentido contrario, ya que si bien la falta de pacto expreso en contrario extingue definitivamente la parte del crédito de que se hubiere hecho remisión al quebrado, cuando existe dicho pacto no tiene por qué producir la quita o remisión aquellos efectos decisivos. Se trata, en resumidas cuentas, de otro aspecto de la aplicación del principio “*pacta sunt servanda*”.

Sección VI

NULIDAD Y RESOLUCIÓN DEL CONCORDATO

Ambos supuestos son previstos por nuestra legislación en el ya mentado numeral 947 del Código de Comercio.

(21) *Ibidem*, pág. 229.

i) Nulidad del Concordato

En la doctrina se discute si al haberse homologado el convenio, cabe o no su impugnación, ya por defectos de fondo, o de forma. Por lo que se refiere a vicios o defectos de forma (defectos en la convocatoria o celebración de la Junta por ejemplo), no existe razón alguna de peso en orden a la posible posterior impugnación, ya que de conformidad con los artículos 798 del C.P.C., 965 del Código Civil y el 940 del Código de Comercio, el juez ya debió haber procedido a verificar con detenimiento dichos aspectos. Si el Juzgado entendió que no había infracción alguna al respecto, tampoco denunciada por ningún acreedor dentro del plazo que para la impugnación del convenio votado en junta concede la ley, no parece admisible plantear de nuevo un problema procesal ya resuelto.

En cambio en lo relativo a los vicios de fondo, no parece que la homologación haya sido suficiente. Por ende, pensando algunos en la naturaleza contractual del Concordato, creen que por faltar alguna de las condiciones esenciales para la formación del acuerdo (caso en que si vició el consentimiento por dolo o error; por ejemplo) podría solicitarse la anulación. Los casos típicos en que procedería la declaración, sería cuando se ha dado una dolosa exageración del pasivo, o una disimulación evidente del activo, gracias a los cuales se llegó eventualmente a obtener una mayoría indispensable para su aprobación en Junta.⁽²²⁾ Así pues, no podría hacerse prevalecer dicha aprobación, por afectar dichas causas a la colectividad entera de los acreedores, sorprendidos en su buena fe por aquel engaño.

Importante es añadir en este acápite, como a diferencia de lo que ocurre en las oposiciones del Convenio, los legitimados activamente aquí, son cualquiera de los acreedores afectados, y no solo los disidentes o ausentes.

ii) *Resolución del Concordato*

Otro remedio, no contra la sentencia de homologación –como lo indica SATTÁ– sino contra el Concordato, es la Resolución. Éste es el supuesto previsto por incumplimiento del deudor, a las obligaciones

(22) En ese sentido, art. 138 de la *Ley de Quiebras* italiana.

contraídas en el convenio. El autor RAMÍREZ, ejemplifica parte de los escenarios frente a los que podríamos estar: *“Si el deudor, pues, se obligó a pagar sus créditos o parte de ellos en determinadas fechas y no lo hizo así, el convenio quedó incumplido. Si el deudor se obligó a proseguir sus actividades mercantiles en determinado local y cesó en su negocio o traspasó tal local, incumplió el convenio. Se el deudor se obligó a conservar su patrimonio inmobiliario y luego procedió a su gravamen o enajenación, infringió el convenio. Si el deudor hizo cesión de bienes a sus acreedores, y luego sustrajo parte de ellos, incumplió el convenio. Sencillamente, los supuestos de incumplimiento pueden ser tantos como obligaciones contrajera el deudor al convenir. Y en todos y cada uno de los supuestos de infracción o incumplimiento de sus obligaciones por el deudor, se da el supuesto legal rescisorio del convenio”*.⁽²³⁾

Sección VII

EL PROBLEMA DE LA COSA JUZGADA PRODUCIDO POR LA RESOLUCIÓN QUE HOMOLOGA EL CONCORDATO

Antes que nada parece apropiado ver el significado que dentro de nuestra legislación procesal, adquiere el concepto de Cosa Juzgada Material. Al tenor del artículo 162 del Código Procesal Civil, la Cosa Juzgada Material se produce en procesos Ordinarios, Abreviados, o cualesquiera otros que la ley mande. Sería dentro de esta última hipótesis que cabría otorgarle el carácter de Cosa Juzgada Material, a la resolución que homologue un Concordato, de conformidad con los artículos 799 del mismo cuerpo de leyes y el 940 del Código de Comercio. Continúa diciendo el numeral 162, que los efectos de la cosa juzgada material se limitan a lo resolutorio de la sentencia y no a sus fundamentos, lo cual hace indiscutible, en otro proceso, la existencia o la no existencia de la relación jurídica que ella declara.

Así las cosas, siguiendo a Satta, nos damos cuenta que nuestra legislación no es la única que sigue la tendencia de otorgarle a la resolución que homologa el acuerdo; carácter de cosa juzgada. Veamos sin embargo la diferencia de matiz, con lo que el autor indica: *“Después de la conversión en cosa juzgada de la homologación, la relevancia de la causa necesariamente se reduce, sin embargo, ella no se anula del todo,*

(23) Con relación a la última parte de la cita, en buena técnica debe leerse rescisorio y no resolutorio, RAMÍREZ (José A.), *op. cit.*, pág. 272.

porque la ley admite todavía la posibilidad de una anulación por exageración dolosa del pasivo o por disimulación importante del activo".⁽²⁴⁾ Al hacer una buena interpretación del párrafo transcrito, debe interpretarse que la Cosa Juzgada mencionada por Satta, y vigente en el art. 138 del Código Civil italiano, hace alusión a una Cosa Juzgada Formal, más que a una Material, por cuanto con ésta última parecieran cerrados todos los caminos para solicitar, posterior a la resolución de homologación del Concordato, una anulación de ésta. Ello no solo estaría en contra del sentido contractual que éste reviste, sino que iría en contra del mismo art. 947 del Código de Comercio que permite la anulación. Así las cosas, el otorgarle a la homologación carácter de Cosa Juzgada Material, es algo que iría en contra de la nulidad alegable del mismo Convenio, más no de la resolución contractual. Ello sería así por cuanto la nulidad afectaría alguno de los elementos esenciales para la formación válida del contrato, más la resolución implicaría un problema en la ejecución del concordato, y no en el momento de su constitución; la cual en la hipótesis de la resolución se presumiría válidamente perfeccionada.

Creemos que para hacer un análisis adecuado de la figura, es menester tener claro que el Concordato, el carácter contractual de la figura en estudio, la cual requiere para su perfeccionamiento de requisitos formales esenciales establecidos por la ley, como la mayoría calificada en la votación y la homologación del órgano jurisdiccional. Una vez reconocido el carácter que reviste la figura, es fácil concluir en el yerro legislativo de otorgarle carácter de cosa juzgada material a un acuerdo que, en razón de su índole contractual, puede ser declarado nulo por vicios en su formación. En síntesis, la homologación, no representa indefectiblemente el único elemento necesario para determinar el cierre del negocio jurídico, sino que no es más que un requisito formal, adicionado por la ley para este determinado negocio jurídico, dentro de otros varios elementos esenciales sustanciales a considerar. Y si bien es dable considerar que se mezclan elementos procesales dentro del Concordato, éstos tienen que ser en la medida de lo posible, acordes con los otros elementos contractuales que se mezclaron, por lo que la figura procesal en consonancia con el convenio dentro de la quiebra, sería la Cosa Juzgada Formal y no la material; por las razones expuestas.

(24) SATTA (Salvatore), *op. cit.*, pág. 393.

CONCLUSIÓN

Tal y como lo advirtiéramos desde la Introducción de este ensayo, el carácter *sui generis* del Concordato, implica tener cierta cautela en el estudio de la figura. Si bien es un Convenio que se da dentro de la Quiebra, ello implica de alguna imponer por ley procedimientos formales, a una figura (el Convenio o Contrato en general) que suele ser completamente **libre** en su formación y ejecución por las partes. La tarea debe realizarse con cuidado para no violentar, por lo menos en lo sustancial, esa libertad que tienen las partes para acordar todo aquello que no sea ilícito.

Del estudio hecho, consideramos que la figura es fundamental para la salvaguarda no solo de la empresa (vista desde un ángulo comercial, lucrativo y de estímulo para la producción), sino también desde un punto de vista social en el tanto pretende con la salvaguarda de aquella; también sostener los ingresos de los trabajadores dependientes de la misma. Más aún, con la salvación de la empresa, puede existir también, según el caso, un mayor retorno a los acreedores quirografarios.

La figura, según pudimos constatar, no está regulada de la mejor manera en nuestra legislación, por lo que –según nuestro humilde criterio–; señalamos los defectos de la misma que deben ser corregidos; sobre todo para que el acople de la intervención procesalista, en la libertad de la figura contractual; sea lo más suave posible, tratando de preservar la preeminencia que ésta última debe tener.

BIBLIOGRAFÍA

- BONFANTI (Mario A.), GARRONE (José A.), *Concursos y Quiebras*, 5ta. Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 692 págs.
- RAMÍREZ (José A.), *La Quiebra*, Tomo III, BOSCH, Casa Editorial, Urgel, 51 bis, Barcelona, 1959, 839 págs.
- RIPERT (Georges), *Tratado Elemental de Derecho Comercial*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1954, 563 págs.
- SATTA (Salvatore), *Instituciones del Derecho de Quiebra*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, 682 págs.
- GUYENOT (Jean), *Curso de Derecho Comercial*, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1975, 529 págs.
- GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de Quiebras*, Madrid, 1856.
- BONELLI (Gustavo), *Del fallimento*, Milán, 1923.
- PROVINCIALI (Renzo), *Manuale de diritto fallimentare*, 2ª. Edición, Milán, 1951.
- AZZOLINA (Umberto), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Turín, 1953.
- NAVARRINI (Humberto), *Tratado de di diritto fallimentare*, Bolonia, 1934-1936.
- CUZZERI (Manuel) y CICU (Antonio), *De la quiebra*, traducción de Jorge Rodríguez Aime y Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954.
- VICENTE y GELLA (Agustín), *Curso de Derecho Mercantil Comparado*, 3ª. Edición, Zaragoza, 1933.

