

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DEL DERECHO CONCURSAL *

(Antecedentes históricos y derecho comparado)

por OSVALDO R. GÓMEZ LEO **

SUMARIO: 1. Derecho romano. - 2. Ejecución sobre la persona: a) *Manus iniectio*; b) *Pignoris capio*. - 3. Evolución hacia la ejecución sobre el patrimonio: a) *Missio in possessionem. Bonorum venditio*; b) *Cessio bonorum*. - 4. Cumplimiento por equivalente: a) Ejecución individual. *Pignoris in causa iudicati captum*; b) Ejecución colectiva. *Bonorum distractio*. - 5. Derecho estatutario: a) Introducción; b) Carácter publicístico o privatístico; c) La quiebra como instituto contra la insolvencia; d) Los hechos reveladores; e) La quiebra: instituto de derecho común; f) El salvoconducto y el concordato; g) Otras características generales. - 6. Derecho francés: a) Antecedentes antiguos; b) Reglamento de Lyon de 1667; c) Ordenanza general de 1673; d) Código de Comercio de 1807; e) Ley del 28 de mayo de 1838; f) Decreto-ley 55-583, del año 1955; g) Ley 67-563 y ordenanza 67-820; h) Reformas de los años 1984/1985: I) El informe Sudreau; II) Ley 84-148, del 1/3/1984; III) Ley 85-99, del 25/1/1985; IV) Ley 85-98, del 25/1/1985. - 7. Derecho español. a) Código de las Siete Partidas; b) Francisco Salgado de Somoza. Ordenanzas de Bilbao; c) Código de Comercio de 1829; d) Código de Comercio de 1885. - 8. Derecho italiano: a) La codificación; b) Código de Comercio de 1865; c) Código de Comercio de 1882; Ley 197 del 24/5/1903; e) real decreto 267 del 11/3/1942: I) La quiebra; II) Concordato preventivo; III) Administración controlada; IV) Liquidación forzosa administrativa; V) Disposiciones penales; f) Ley 95 del 3/4/1979. - 9. Derecho inglés. a) Introducción; b) Las *mores majorum*; c) Antecedentes legislativos; d) Legislación vigente en este siglo; e) Las instituciones concursales anglosajonas: I. Los actos de quiebras; II. Sujeción de la quiebra; III. Tribunal competente; IV. Petición, presupuestos y sustanciación; V. Efectos de la "Receiving order"; VI. La Junta o Asamblea; VII. Liquidación, distribución. Privilegios; VIII. Efectos personales. Rehabilitación; IX. Liquidación sin quiebra; X. Actas de arreglos privados "Deed of arrangement"; XI. Retroacción de la quiebra. Actos anulables y

* El presente estudio integra el *Tratado de derecho de quiebra* de próxima publicación.

** Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales, Prof. de Derecho Comercial en U.N.L.P., U.N.L.Z., U.N. del L. —UCALP—, U.A. y anteriormente en U.B.A.

delictivos; f) La reforma del derecho concursal inglés de 1985/1986. I. Necesidad y gestación de la reforma; a) Los antecedentes; b) Algunas de las reformas más importantes: 1) Ámbito de aplicación; 2) Sujetos comprendidos; 3) Fundamento de la apertura del procedimiento; 4) Cuerpo profesional de síndicos; 5) El procedimiento de administración; 6) Efectos de la presentación del pedido; 7) Sentencia de apertura del procedimiento de administración; 8) Efectos de la sentencia de apertura; 9) Funciones del administrador; 10) La junta de acreedores; 11) Conclusión del procedimiento de administración; 12) Conducta y responsabilidad de los directores. Inhabilitación; 13) Régimen especial de acuerdos para personas físicas.

1. DERECHO ROMANO.

Todos los autores reconocen que el instituto de la quiebra, como ejecución colectiva, tiene su origen en el derecho romano¹, donde la primitiva ejecución contra y sobre la persona, destinada a obtener la prestación mediante coacción ejercida sobre la voluntad del deudor,

¹ Conf.: E. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, París, 1887, I, 1 a 72, y *Traité élémentaire de droit commercial*, 8ª ed., revisada y puesta al día por J. Percerou, París, 1931, II, nº 1095; R. Garraud, *De la déconfiture*, París, 1880, 1 y ss.; J. Percerou, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2ª ed., París, 1935, I, nos. 7 y ss.; Ch. Lyon-Caen y L. Renault, *Traité de droit commercial*, 5ª ed., París, 1921/36, con la colaboración de A. Amiaud, VII, nos. 3 y 4; L. Lacour y J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, París, 1921, II, nº 1653; U. Navarrini, *Trattato di diritto fallimentare*, Bologna, 1934, I, nº 20; A. Ramella, *Trattato del fallimento*, Milán, 1915, I, nos. 13 y ss.; A. Rocco, *Il fallimento. Teoria generale ed origine storica*, Turín, 1917, nos. 48 y ss.; U. Pipia, *Del fallimento*, 1932, nº 6; G. Bonelli, *Del fallimento*, 2ª ed., Milán, 1923, I, nº 2; E. Betti, *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Camerino, 1919, 19; C. Vivante, *Tratado de derecho mercantil*, Madrid, 1932, I, 371; A. Brunetti, *Tratado de quiebras*, Méjico, 1945, nº 4; R. Provinciali, *Tratado de derecho de quiebra*, Barcelona, 1958, 93 y ss.; U. Azzolina, *Il fallimento e le altre procedure concursali*, Turín, 1961, I, nº 2; Santarelli, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padua, 1964, 118; J. X. Carvalho de Mendonça, *Das falências e dos meios preventivos de sua declaração*, San Pablo, 1899, I, nº 194; M. A. de S. Sa Vianna, *Das falências*, Río de Janeiro, 1907, nos. 1 y ss.; L. Prieto-Castro y Fernández, *Derecho concursal*, Madrid, 1974, 22; J. A. Ramírez, *La quiebra*, Barcelona, 1959, I, nº 15; R. L. Fernández, *Tratado teórico-práctico de la quiebra, Fundamentos de la quiebra*, Bs. As., 1937, nos. 99 y ss.; A. N. Matienzo, *Curso de quiebras*, Bs. As., 1927, I, nº 7; E. Quesada, *Estudios sobre quiebras*, 1882, nº 194; M. Satanowsky, *Estudios de derecho comercial*, Bs. As., 1950, II, 219; S. Argeri, *La quiebra y demás procesos concursales*, La Plata, 1972, I, 30; M. A. Bonfanti y J. A. Garrone, *Concursos y quiebras*, Bs. As., 1974, 14; R. García Martínez y J. C. Fernández Madrid, *Concursos y quiebras*, Bs. As., 1976, I, 6 y ss.; O. J. Maffía y M. O. B. de Maffía, *Legislación concursal. Introducción histórico-crítica*, Bs. As., 1979, 15; C. J. Zavala Rodríguez, *Código de Comercio y leyes complementarias, comentados y concordados*, Bs. As., 1980, VII, nº 35.

poco a poco se fue trasformando en una ejecución sobre el patrimonio, a fin de permitir a los acreedores, mediante la venta de los bienes, satisfacerse por equivalente, es decir, sustituir la prestación adecuada por un valor pecuniario.

Un panorama ordenado de las diversas instituciones del mundo romano se puede exponer de este modo.

2. EJECUCIÓN SOBRE LA PERSONA.

a) *Manus iniectio*.

La ley de las XII Tablas estableció el procedimiento llamado de la *manus iniectio*, que se desarrollaba de la siguiente forma: Todo deudor condenado por sentencia (*iudicatus*) o que en presencia del magistrado hubiera confesado la deuda (*confessus*) tenía un plazo de treinta días para cumplir con su obligación. Vencido dicho plazo, el acreedor ejecutaba la *manus iniectio* pronunciando una fórmula sacramental², y poniendo la mano sobre el deudor lo conducía delante del magistrado. Si no pagaba o si un *vindex* no se comprometía a pagar por él y a asumir su defensa, era adjudicado (*addictus*) al acreedor³, quien podía retenerlo como prisionero durante sesenta días, quedando autorizado para ligarlo con argolla, correas o cadenas de un peso no mayor de quince libras, estando obligado a suministrarle alimentos, si el deudor prisionero no prefería proveer a su sostenimiento. Vencido dicho término, era conducido a la plaza pública, donde se pregonaba el monto de la deuda, posiblemente con el propósito de que los parientes o amigos procedieran a su rescate. Si ello no ocurría, era entregado definitivamente al acreedor, con lo que sufría una *capitis diminutio* máxima, pudiendo ser muerto o vendido como esclavo en el extranjero (*trans Tiberiim*)⁴.

En el supuesto caso que existiera pluralidad de acreedores, éstos podían dividir el cuerpo del deudor, adjudicándose partes proporcionales de él⁵. Se ha considerado que este tratamiento igualitario entre los acreedores también debía tener lugar cuando bajo la coacción personal, el deudor o sus parientes o amigos pagaban la deuda⁶.

² Gaio, *Comm.*, III, 78.

³ Gaio, IV, 21.

⁴ V.: Accarias, II, n° 745; Petit, n° 724; Maynz, I, n° 43; Thaller, *Des faillites*, I, n° 6; Ortolan, *Exp. hist. des inst.*, III, n° 1885.

⁵ XII Tablas, 3.6: *Tertiis mundinis partes secanto. Si plus minusve secuerunt sine fraude esto.*

⁶ Navarrine, *Tratt.*, I, n° 20.

Algunos autores que han considerado inadmisibles, por inhumana, la interpretación literal de la ley, han sostenido que la regla legal se debe tomar en sentido figurado, como refiriéndose a los bienes del deudor, pero tal teoría es uniformemente repudiada⁷.

En realidad, la muerte del deudor no se practicó nunca o muy raras veces⁸.

Este procedimiento era netamente privado, pues la intervención del magistrado era insignificante y, en la práctica, una gran cantidad de los sujetos del *nexum* para evitar los rigores de la *manus iniectio*, mediante el respectivo contrato, optaban por la *mancipio*, constituyéndose en esclavitud como garantía de la deuda⁹. Es decir, que las relaciones entre el deudor y sus acreedores se reglaban con prescindencia de toda intervención de la autoridad pública. Este procedimiento, repetimos, que tenía cierto carácter penal¹⁰ y para cuya debida apreciación es menester tener en cuenta la organización primitiva de la sociedad romana de aquel tiempo, su tradición, etc., constituía un medio ejecutivo tendiente a obtener la prestación adeudada mediante presión sobre la voluntad del deudor, por lo cual, antes de hacerle sufrir su horrible destino, se le otorgaba un lapso de tiempo para que cumpliera, sea valiéndose de sus recursos o mediante la obtención de ayuda de sus familiares o amigos¹¹.

En cuanto al derecho del acreedor sobre los bienes del deudor, las fuentes consultadas no aportan datos suficientes como para determinarlo con exactitud. Las teorías, o más bien las hipótesis elaboradas, son varias:

⁷ Conf.: Cuj, 842, n° 9; Accarias, II, n° 745, n. 2; Cornil, 129; Kleineidam, 4; Alauzet, VII, n° 2386; Ramella, I, n° 12 y n. 2; Serafini, I, lib. 1°, n° 5; R. von Ihering, *El espíritu del derecho romano*, Madrid, 1895, II, 168, n.: Querer negar el alcance de la disección del deudor establecido en la ley misma, y referirse las palabras: *in partes secare*, a la división de su patrimonio, es no sólo contradecir abiertamente las enseñanzas suministradas por los romanos, sino todo el sistema de la ley, como lo demuestra la filología. E. Hofman, *Das gesetz...* (*La ley de las XII tablas*, Viena, 1866, ps. 631-66).

⁸ Conf.: Accarias, *lug. cit.*; Thaller, *Des faillites*, I, n° 6; Percerou, I, n° 7; Vainberg, 79; Sa Vianna, n° 4; Ihering, II, 168: Según los mismos romanos, no hubo jamás un solo caso de semejante disección de un deudor. ¿Quiere decir esto que el precepto fue un simple artificio? Seguramente no. Los acreedores no debían descuartizarle enseguida, pero podían ensayar desde luego qué impresión hacía sobre él la cortadura de las orejas o de la nariz. Antes que se llegase a los brazos y a las piernas, la terquedad del deudor estaba vencida, o bien la compasión de sus parientes y de sus amigos venía en su ayuda.

⁹ Cicerón, *De oratore*, III, 40; Tito Livio, 28; Varro, *De lig. lat.*, L. VI, 83.

¹⁰ Ihering, II, 131: de venganza privada. Conf.: Rocco, *Il fallimento*, 136.

¹¹ Rocco, *Il fallimento*, n° 49.

A) Vendido como esclavo el deudor, el comprador adquiría su patrimonio y, por consiguiente, en la determinación del precio influía el monto de los bienes, y los acreedores se podían satisfacer indirectamente sobre el patrimonio del deudor, tal vez a prorrata¹².

B) Los bienes como un accesorio de la persona pasaban a poder del acreedor, que podía cobrar sobre ellos¹³.

C) Al morir el deudor o ser vendido como esclavo, sus bienes quedaban vacantes; como consecuencia de ello, podían ser ocupados por los acreedores para satisfacer sus créditos¹⁴.

Según estas teorías, la ejecución personal de la *manus iniectio* habría sido al propio tiempo una ejecución sobre el patrimonio. Alfredo Rocco, que ha estudiado esta parte del derecho romano en forma brillante, con gran acopio de fuentes, antecedentes y doctrina, las rechaza en absoluto, conceptuando que "cometen el error de considerar la primitiva ejecución desde un punto de vista moderno y, por consiguiente, inexacto", y sosteniendo que "la ejecución en este período, como también en el período subsiguiente, estaba exclusivamente dirigida a constreñir la voluntad del deudor"¹⁵.

b) *Pignoris capio*.

Por su parte, la *pignoris capio* autorizaba a ciertos acreedores que la ley taxativamente enumeraba y que ahora llamaríamos privilegiados, a apoderarse de una cosa (*res*) del deudor¹⁶, retenerla y hasta destruirla, pero no a venderla. Ésta es la razón, precisamente,

¹² Garraud, 16; Thaller, *Des faillites*, I, n° 6; Percerou, I, n° 7; Vainberg, 78; Girard, 1044.

¹³ Bethmann-Hollweg, *Rom. Civilpr.*, I, 199; II, 668; Huschke, 81; Gugino, 292; Sa Vianna, n° 4.

¹⁴ Tambour, I, 29.

¹⁵ Rocco, *Il fallimento*, 138, n. 1. Conf.: Pipia, n° 6, n. 1. Contra: Troplong, *De la contrainte par corps*, París, 1864, quien a pesar de manifestar previamente (p. 59) que en el origen Roma no conocía la expropiación forzada y como la propiedad no podía salir de manos del propietario sino por su voluntad, era preciso apoderarse de la persona misma, que la hiciera penetrar en su dominio quirritario, para llegar, por intermedio de ella, a los bienes. Más adelante (p. 111), concluye sosteniendo que la *manus iniectio* era un procedimiento indirecto sobre el patrimonio del deudor, porque "para hacerse pagar sobre los bienes es preciso que el acreedor embargue, ante todo, la persona. Porque el derecho de propiedad es un accesorio, una dependencia del estado personal y civil; observa sus condiciones, no puede perecer por el poder de la deuda sino cuando el estado civil del deudor ha perecido y cuando su persona ha caído en la esclavitud del acreedor".

¹⁶ Gaio, IV, 32.

por lo cual no se la puede considerar una ejecución sobre el patrimonio, sino del mismo carácter de la *manus iniectio*, esto es: un medio de coacción sobre la voluntad del deudor para obligarlo a cumplir¹⁷.

Con posterioridad —años 428 o 441 de Roma— se dictó la *lex Poetelia*¹⁸, que de igual modo que otras reformas al sistema anterior, tuvo por finalidad dar satisfacción a las protestas, a veces violentas, de la plebe endeudada que, en virtud de la legislación mencionada, quedaba a merced de sus acreedores: los patricios.

Esta ley no transformó la ejecución personal en patrimonial, como se ha sostenido algunas veces, ni abolió el *nexum*, sino que se limitó, de un lado, a suprimir el exorbitante derecho del acreedor de matar a su deudor, venderlo como esclavo o cargarlo con cadenas. Y de otro lado, a prohibir toda acción privada contra el deudor sin intervención del magistrado, como ocurría anteriormente¹⁹.

De lo expresado, tenemos que de la aprehensión corporal del deudor se pasó a la aprehensión de su patrimonio, aunque siempre como medio de coacción de su voluntad²⁰. Esto explica por qué la ejecución sobre los bienes, que se desarrolló en una etapa posterior, tuvo carácter universal, dirigiéndose sobre la totalidad del patrimonio del deudor, y no sobre uno o varios bienes particulares, es decir, que se comenzó con un procedimiento que actualmente nos parece más complejo que el de la ejecución con embargo de un bien determinado²¹.

El paso descrito fue fundamental en la evolución de la institución que nos ocupa, pues establecido este procedimiento, fue fácil, mediante la sustitución del deudor por un tercero, al adquirente del patrimonio con su activo y pasivo (*bonorum emptor*), llegar a la

¹⁷ Conf.: Rocco, *Il fallimento*, nº 49, p. 139; Pipia, nº 6, n. 1.

¹⁸ V.: Tito Livio, VIII, 28, 8, quien explica que si bien se ha atribuido esta ley al dictador Libo Visolus, año 441 de Roma, según los fastos, lo acertado es reconocer en el cónsul C. Poetelius, año 428 de Roma, a su autor, de ahí que sea impropia designarla con el nombre de *Lex Papiria*, como suele ser denominada.

¹⁹ Conf.: Bonfante, *Instituciones*, 133: La ley *Poetelia*, emanada después de repetidos tumultos de los plebeyos deudores, abolió el carácter penal de la *manus iniectio*, vedando matar, vender o encarcelar al deudor insolvente.

²⁰ Conf.: García Martínez y Fernández Madrid, I, 18: La *pignoris capio* era un medio de conseguir una prenda sobre una o más cosas individuales del deudor, con fines coactivos. Una garantía, en suma. Por consiguiente, no era una verdadera ejecución directa sobre el patrimonio del obligado, porque la aprehensión sólo tenía carácter prendario, despojada del derecho de venta.

²¹ Conf.: Ramella, I, nº 13; Rocco, *Il fallimento*, nº 51, p. 145.

ejecución patrimonial con el pago a los acreedores por equivalente: el precio que pagaba el *bonorum emptor*²².

3. EVOLUCIÓN HACIA LA EJECUCIÓN SOBRE EL PATRIMONIO.

a) “*Missio in possessionem*”. “*Bonorum venditio*”.

A la *manus iniectio* y la *pignoris capio*, a que nos hemos referido, sucedieron la *missio in possessionem*, que primero fue un medio de coacción personal²³, y en fecha posterior —alrededor del año 636 de Roma— con la institución de la *bonorum venditio*, adquirió cierto carácter patrimonial, si bien no del todo definido.

El origen de la *bonorum venditio* se atribuye al pretor P. Rutilio Rufo²⁴, quien de ese modo habría extendido a los particulares el procedimiento reservado hasta entonces para las ejecuciones fiscales (*bonorum sectio*)²⁵, aunque, como bien explica Rocco²⁶, es poco verosímil que un procedimiento tan complejo haya sido creado de un golpe por un solo pretor. Este procedimiento se iniciaba con la toma de posesión del patrimonio del deudor, en carácter de *custodia*

²² Conf.: Alauzet, VII, nos. 2386 y 2387; Lyon-Caen y Renault, VII, nº 4; Percerou, I, nos. 6 y ss.; Thaller, *Traité*, II, nº 1695; Navarrini, *Tratt.*, I, nº 20; Rocco, *Il fallimento*, nos. 48 y 49; Pipia, nº 6; Ramella, I, nos. 12 y 13.

²³ Conf.: Girard, 51 y ss.; Scialoja, 91; Pipia, nº 6, n. 1; Rocco, *Il fallimento*, nº 51: La *missio* era, en suma, un medio general de coacción de la voluntad. Ahora, un caso en que este medio de coacción aparecía como necesario, y en el hecho se aplicaba, era precisamente aquel del deudor que se escondía o fugaba para impedir el juicio. La presencia de las dos partes era, en efecto, necesaria en el período de las *legis actiones* y también en el período formulario, durante los cuales el procedimiento fue siempre, en su carácter fundamental, privado, y la función esencial del magistrado aquella de imponer a las partes contendientes el diferimiento de su controversia a una tercera persona (*arbitrio, iudice*). En este sistema el alejamiento del deudor debía tornar absolutamente imposible la continuación del juicio, porque contra un deudor que no se podía encontrar era ineficaz la *manus iniectio* de la tabla I. A tal laguna del derecho civil suplió el pretor concediendo la *missio in bona* contra el deudor “*qui fraudationibus causa latitad*” (Girard, 1009, n. 1; 1015, n. 2; Seuffert, *Geschichte*, 50; Lennel, 400). Este procedimiento se extendió luego a toda clase de deudores, como medio ejecutivo, dando nacimiento a la ejecución patrimonial, indirectamente primero con la *bonorum venditio*, y netamente después, con la *bonorum distractio*.

²⁴ Gaio, IV, 35; Thaller, *Des faillites*, I, 27; Vainberg, 98.

²⁵ Conf.: Girard, 1060; Garraud, *De la déconfiture*, 17; Vainberg, 272; Tambour, I, 100; Gugino, 301; Scialoja, 305; Keller-Wach, 431 y n. 1031; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, 669; Sa Vianna, nº 8.

²⁶ Rocco, *Il fallimento*, nº 51.

y *observatio*²⁷. Tal posesión resultaba procedente cuando hubiera sentencia judicial o confesión o *latitatio* o ausencia e *indefensio* del deudor, y luego que hubiera trascurrido determinado plazo, durante el cual se fijaban avisos llamando a los acreedores y citando al deudor en los casos de ausencia, y mediante una ficción de muerte de éste. A partir de ello y por aplicación de las disposiciones que regían tal caso, el *magister* procedía a la venta en pública subasta de los bienes en bloque, atribuyendo al comprador (*bonorum emptor*) la calidad de sucesor a título universal del deudor, con lo cual se venía a hacer cargo del activo y pasivo, exactamente como ocurría con el heredero²⁸.

Lógicamente, el comprador pagaba una suma conforme al valor de los bienes, la cual en muchos casos resultaba insuficiente para el pago total de las deudas, en cuyo supuesto los acreedores se debían conformar con un porcentaje, distribuído a prorrata; de donde resulta que en esta institución de la *bonorum venditio* se halla el verdadero origen del procedimiento de concurso²⁹.

Este procedimiento acarreaba al deudor la infamia³⁰ y, en rigor, no importaba todavía una ejecución sobre los bienes, sino la sustitución del deudor por un tercero que cumplía por él, pero constituyó un gran paso hacia aquélla³¹. Empero, algunos autores la consideran, equivocadamente en nuestro concepto, como una ejecución sobre los bienes³².

Téngase en cuenta que la *bonorum venditio* era un procedimiento aplicable tanto contra el deudor insolvente, como en la ejecución individual para el cobro de un solo crédito, por pequeño que fuera³³, no obstante lo cual constituía un procedimiento universal, en favor de todos los acreedores³⁴, que eran admitidos para hacer valer sus

²⁷ L. 3, par. 23, D., *de acquirir vel amit. poss.*, XLI, 2.

²⁸ Gaio, IV, 35. Conf.: Lenel, 417; Keller, 443; Rocco, *Il fallimento*, nos. 52 y ss.; Ramella, I, nº 14; y Girard, Scialoja, Bethmann-Hollweg, Keller-Wach; Tambour y Vainberg, lugs. cits.

²⁹ Conf.: Navarrini, *Tratt.*, I, nº 20; Ramella, I, nº 14; Pipia, nº 6, n. 1; Rocco, lug. cit.; Sa Vianna, nº 11.

³⁰ L. 11, C., *ex quibus causis infam. irrog.*, II, 12; Gaio, IV, 35 y 154. Conf.: Maynz, II, nº 380.

³¹ Conf.: Bonfante, 500; Rocco, Pipia, lugs. cits.

³² Sohm, 280.

³³ Conf.: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, 672; Rocco, *Il fallimento*, nº 53.

³⁴ L. 12, *pr. quibus ex causis*. D.; 42, 44. Conf.: Girard, 1061; Bethmann-Hollweg, II, 678; Seuffert, *Geschichte*, 5; Keller-Wach, 438; Rocco, lug. cit.; Scialoja, 307.

derechos cobrando a prorrata³⁵, del cual surgió posiblemente el procedimiento llamado "orden" o "distribución por contribución" del derecho francés e italiano contemporáneo³⁶.

b) "*Cessio bonorum*".

La *lex Iulia* —año 737 de Roma— admitió la *cessio bonorum*, o sea, la cesión voluntaria de los bienes por el deudor insolvente y de buena fe³⁷, quien de ese modo podía eludir la ejecución personal³⁸ y la infamia³⁹, que acarreaba la *bonorum venditio*. Por este procedimiento, muy parecido a la presentación en quiebra directa voluntaria de nuestro derecho, el deudor se declaraba impotente para cumplir sus obligaciones y ponía su patrimonio a disposición de los acreedores.

La propiedad de los bienes no pasaba a los acreedores, quienes adquirirían sólo el derecho de venderlos, entrando en posesión de ellos, como medida conservatoria.

No se trata, pues, de un medio directo de coacción personal, que no se concibe en tales condiciones, sino una verdadera transformación del derecho sobre la persona de que gozaban los acreedores en un derecho sobre los bienes.

Además de los beneficios apuntados (exclusión de la ejecución personal y de la infamia), el deudor obtenía el beneficio de competencia⁴⁰ y el de no poder ser ejecutado por deudas contraídas con anterioridad a la cesión, sino en el caso de haber adquirido nuevos bienes y siempre reservándole lo necesario para el sostenimiento de él y de su familia⁴¹.

³⁵ Conf.: Rocco, *lug. cit.*

³⁶ V.: Fernández y Gómez Leo, *Tratado teórico-práctico de derecho comercial*, Bs. As., 1984/1991, t. III-C, ps. 8 y ss.

³⁷ L. 22, párr. 1; L. 25, D., *quae im fraud. credit.*, XLII, 8; y L. 51, pr. D., *de re iud.*, XLII, 1.

³⁸ L. 1, *qui bonis*, c. 7.71.

³⁹ L. 11, *ex quib. caus.*, c. 2, 11 y 12.

⁴⁰ Ulpiano, lib. 59, *ad edictum*, fr. 4, *de cessione bon.*, 42, 3; y lib. 64, *ad edictum*. Conf.: Lenel, 415; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, 689; Wlassak, *Cessio bonorum*, n° IV; Ramella, I, n° 16; Rocco, *Il fallimento*, n° 60.

⁴¹ L. 1, C., *de bon. auct. iud.*; L. 173, pr. D., L. 50, 17; Modestino, lib. 2, *pandectorum*, fr. 7 h. t. Conf. autores citados precedentemente, y Petit, n° 705; Vainberg, 133; Seuffert, *Geschichte*, 47.

4. CUMPLIMIENTO COACTIVO POR EQUIVALENTE.

a) *Ejecución individual: "Pignus in causa iudicati captum".*

Más tarde aparece una ejecución especial, denominada *pignus in causa iudicati captum*, que consistía en la aprehensión de un bien del deudor (*pignus capere*) que el magistrado retenía por un período de tiempo (dos meses), a cuyo vencimiento, si el deudor no había cumplido, se vendía y con el importe obtenido se satisfacía a los acreedores por equivalente.

Este procedimiento especial fue, en realidad, el que introdujo en el derecho romano la ejecución sobre los bienes, en lugar de la ejecución personal, llenando un vacío de la legislación anterior.

Como ya hemos visto⁴², la *bonorum venditio* se aplicaba tanto al caso del deudor insolvente, como para el caso de la ejecución individual de un solo acreedor; en este último supuesto se trataba de un procedimiento exorbitante, pues constituía un verdadero concurso, con la consiguiente liquidación del patrimonio del deudor, citación de acreedores, etc.

Con este nuevo procedimiento especial, el acreedor que accionaba individualmente se satisfacía con el producido de la venta de uno o varios bienes, pero siempre considerados en su singularidad⁴³. Constituye el origen de nuestros actuales embargos. El ejecutante que primero adquiría el *pignus* tenía prelación sobre los embargantes posteriores⁴⁴.

b) *Ejecución colectiva: "Bonorum distractio".*

Admitido, del modo explicado en el párrafo anterior, el principio de que el cumplimiento de la obligación no sólo podía efectuarlo el deudor, espontáneamente o apremiado por la justicia, sino contra su voluntad, por medio de un equivalente, pronto quedó consagrado legalmente. En efecto, la *bonorum distractio*, creada en su origen como procedimiento de excepción en favor de los deudores investidos de la dignidad senatorial, se generalizó para todas las clases de deudores, haciendo caer gradualmente en desuso a la *bonorum venditio*. A diferencia de ésta, en la cual la venta del patrimonio se efectuaba en bloque, haciéndose cargo el comprador (*bo-*

⁴² V. n.º 3, letra a.

⁴³ Conf.: Girard, 1091; Pipia, n.º 6, n. 1; Rocco, *Il fallimento*, n.º 61.

⁴⁴ Conf.: Menestrina, v.º *Accessione*, 75; Rocco, *lug. cit.*

norum emptor) del activo y del pasivo, en la *bonorum distractio* los bienes eran vendidos en detalle y con su producido se pagaba a los acreedores a prorrata.

A diferencia de la *bonorum venditio*, la *bonorum distractio* no se acordaba indistintamente fueran o no suficientes los bienes del deudor para el pago de las deudas, sino tan sólo en este último caso, cuando el procedimiento de ejecución individual (*pignus in causa iudicati captum*), podía crear desigualdades entre los acreedores⁴⁵.

Fácilmente se aprecia que este procedimiento presenta con la quiebra y el concurso modernos mayores analogías que la *bonorum venditio*. En efecto: a fin de asegurar la comparecencia de todos los acreedores, se estableció un plazo de dos años para los acreedores presentes (de la misma provincia) y de cuatro años para los ausentes (de otras provincias)⁴⁶; la administración de los bienes por el *curador bonorum* era, pues, prolongada; la designación del funcionario la efectuaba el juez a propuesta de los acreedores⁴⁷; la venta de los bienes se efectuaba por el curador en detalle, sin injerencia de la autoridad y sin necesidad de subasta pública⁴⁸, con el control de los acreedores y con la obligación para el curador de declarar bajo juramento haber procedido honestamente⁴⁹; el producido de la venta se repartía a prorrata entre los acreedores⁵⁰, respetando los privilegios⁵¹.

Sólo resta señalar que la *bonorum venditio* y la *bonorum distractio* coexistieron durante algún tiempo. Al principio los acreedores podían optar entre una y otra, salvo cuando se trataba de clara persona, en cuyo caso era obligatoria la segunda. Empero, en la época de Justiniano la primera desapareció por completo⁵².

5. DERECHO ESTATUTARIO.

a) Introducción.

Antes de considerar las características más relevantes que presenta la institución de la quiebra en la época del derecho estatutario,

⁴⁵ Conf.: Rocco, *Il fellimento*, n° 62.

⁴⁶ L. 10, pr. h. t.

⁴⁷ L. 5, D., *De curatore bonis dando*, 42, 7; L. 22, pár. 10, D., *manda.*,

17. Conf.: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, III, 319; Rocco, *lug. cit.*; Ramella, I, n° 51; Scialoja, 456.

⁴⁸ Conf.: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, III, 321; Rocco, *lug. cit.*

⁴⁹ L. 10, par. 3, C. VII, 72.

⁵⁰ L. 6, c.h.t. Conf.: Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, y Rocco, *lugs. eits.*

⁵¹ L. 8, fin., *qui bonis*, C. 7, 71. Conf.: Rocco, *lug. cit.*

⁵² Conf.: Maynz, II, nos. 300 y 301; Percerou, I, n° 9; Sa Vianna, n° 10.

que ha tenido tanta influencia sobre el derecho concursal actual⁵³, es necesario hacer una breve referencia a las consecuencias que produjeron algunas instituciones procesales germánicas sobre los procedimientos romanos, impregnando a éstos de una fuerte tendencia hacia la ejecución patrimonial mediante la pignoración y el secuestro⁵⁴. De ese modo se podrá apreciar que si bien se conservan, aun luego de la caída del Imperio Romano de Occidente y en el período de las conquistas bárbaras, la *missio in bona* y, en caso de insolvencia, la *bonorum distractio*, se produjeron “fatalmente infiltraciones germánicas”⁵⁵, que actuaron sobre los mencionados procesos romanos acentuando, en general, la afirmación de la ejecución patrimonial mediante el secuestro⁵⁶.

En los pueblos germánicos⁵⁷ se conocía la ejecución patrimonial, en razón de que el vínculo obligacional apoyaba, no sobre la persona del deudor, sino sobre su patrimonio. En función de tal concepto, se sostenía la idea de que en caso de incumplimiento el acreedor gozaba de un derecho de prenda y secuestro sobre uno o varios bienes del deudor, que resultaran suficientes para satisfacer por equivalente su derecho, una vez que se produjera la liquidación o venta de tales bienes. Como lógica consecuencia, trascurrido cierto tiempo, se pasó de los embargos individuales y del secuestro, a la declaración de quiebra y desapoderamiento del deudor insolvente, pues el patrimonio en su integridad se consideraba la garantía genérica de los acreedores⁵⁸.

Sin embargo, se ha señalado⁵⁹ que en la primera época, en algunas legislaciones bárbaras, como las de los longobardos y francos, mientras el deudor fuera solvente se le concedía a los acreedores una

⁵³ Conf.: A. Tonón, *Derecho concursal*, 1988, I.

⁵⁴ Ver y ampliar en: Rocco, *Studi sulla storia del fallimento. Le origine del processo di fallimento nel medio evo*, “Riv. Dir. Comm.”, 1913-I, 930, e *Il concordato del fallimento e prima del fallimento*, Turín, 1902; Lattes, *Il fallimento nel diritto commerciale e nella legislazione bancaria veneta*, Venecia, 1880; Menestrina, *Accessione nell'esecuzione*, Viena, 1901; Arcangeli, *Gli istituti di diritto commerciale nel costituito senese del 1310*, en “Riv. Dir. Comm.”, 1903-I, 363; Kohler, *Lehrbuch des deutschen Konkurrechts*, Stuttgart, 1891; Seuffert, *Deutsches Konkursprozessrecht*, Nordling, 1888, 7 y ss.

⁵⁵ Provinciali, 99; Zavala Rodríguez, VIII, nº 37.

⁵⁶ Conf.: Menestrina, 78.

⁵⁷ V.gr., alemanes, bávaros, burgundios, francos, frisones, longobardos, ostrogodos, sajones, turingios, vándalos y visigodos.

⁵⁸ Conf.: Seuffert, *lug. cit.*

⁵⁹ Conf.: Provinciali, *lug. cit.*

acción ejecutiva patrimonial, pero si el deudor había caído en insolvencia, la ejecución tenía carácter personal⁶⁰.

En tales casos, el deudor era tratado con suma severidad, quedando obligado a presentarse ante el magistrado, debiendo declarar bajo juramento: quiénes eran sus acreedores, los montos adeudados, las fechas en las cuales había contraído sus deudas y debiendo asumir el compromiso de hacer efectiva la pignoración que pesaba sobre sus bienes, cediendo (*datio in solutio*) la totalidad de ellos o, en su caso, los que fueran necesarios para atender el pasivo.

En caso de que el deudor no cumpliera con su juramento, ocultándose o fugándose, para no realizar la *datio in solutio* prometida, los acreedores quedaban habilitados para solicitar el desapoderamiento del *fugitivus*⁶¹, que era decretado por el magistrado dictando la *datio in solutum per iudicis*, que importaba la sustitución del deudor remiso por un oficial de justicia que procedía a la incautación del patrimonio del *fugitivus*. La *datio in solutio per iudicis*—que obviamente no era una herramienta que pudieran utilizar en forma privada los acreedores, como ocurría en el procedimiento romano, según hemos visto antes, sino que se trataba de una medida judicial dictada por el magistrado a pedido de aquéllos— tenía una doble finalidad: en principio operaba como una medida provisoria, cautelar y coactiva, para que el deudor cumpliera y pudiera recuperar sus bienes. Pero si así no lo hacía, permitía a los acreedores realizar la venta de los bienes del deudor, sujetos a pignoración para cobrar sus acreencias por equivalente y a prorrata entre todos ellos.

De lo hasta aquí expresado, surge con claridad que la *datio in solutio per iudicis*, no obstante las características de ejecución personal que exhibe, tiene perfiles de embargo y secuestro, como surge del mandato judicial imperativo de incautación de todos los bienes del deudor fugitivo, ausente o renuente a cumplir con su juramento, presentando notorias similitudes con el proceso concursal moderno, especialmente en lo concerniente a sus características de ejecutivo y cautelar⁶².

b) *Carácter publicístico o privatístico.*

En el medioevo se desarrollaron dos corrientes distintas sobre la ejecución colectiva, una que siguiendo los principios del derecho romano concibió al proceso de la quiebra de neto carácter privatís-

⁶⁰ Conf.: Zavala Rodríguez, lug. cit.

⁶¹ Rocco, *Il fallimento*, nº 70.

⁶² Rocco, *Il fallimento*, nº 67.

tico, con una menguada actividad de la autoridad pública interviniente, que quedaba limitada en sus funciones a asistir a los acreedores del fallido, proveyendo a sus peticiones para la efectivización de sus respectivos derechos. La otra corriente, representada por el derecho visigodo, al contrario, se hallaba informada de un fuerte carácter publicístico, pues estableció, imperativamente, la continua injerencia de la autoridad judicial en: I) el procedimiento concursal; II) la colectividad de acreedores; III) y el ejercicio de los derechos de esa comunidad consorcial. El fundamento de esa normativa parte de la base de que el fallido es un defraudador y que debe quedar a cargo del Estado la represión del hecho ilícito que importa la quiebra ⁶³.

c) *La quiebra como instituto contra la insolvencia.*

En todo el período romano el derecho no se ocupó de la insolvencia en el sentido que le damos a este concepto en la actualidad. Hemos visto que los procedimientos ejecutivos vigentes entonces reconocían como motivo determinante para su puesta en marcha, el incumplimiento de la obligación por parte del deudor, más que su estado de insolvencia. En efecto, la universalidad de la ejecución romana sobre los bienes tenía otro significado distinto que la universalidad de la moderna ejecución de la quiebra, pues su presupuesto jurídico no era, en realidad, la insolvencia o el incumplimiento, como indicio de desequilibrio económico, sino el incumplimiento por sí mismo, sin importar si obedecía a la simple mala voluntad del deudor o si tenía por fundamento la incapacidad de pagar ⁶⁴. Los hechos que, según el Edicto, autorizaban a pedir la *missio in possessionem*, en el procedimiento de la *bonorum venditio*, eran: la cosa juzgada, la confesión del deudor, la *latitatio*, la ausencia y, en general, la *indefensio* ⁶⁵.

Sólo más tarde en el derecho estatutario de las repúblicas comerciales italianas —v.gr., Génova, Venecia, Bolonia, Padua, Milán, Florencia, Brescia, etc.— aparece la quiebra como instituto contra la insolvencia ⁶⁶ y el concepto de cesación de pagos como estado de falencia.

⁶³ Conf.: Rocco, *Studi...*, "Riv. Dir. Comm.", 1913-I, 930; Percerou, I, n° 13, n. 6; Ramírez, I, n° 16: Surge así el carácter o naturaleza pública del procedimiento frente al carácter privado que tuvo siempre en el derecho romano.

⁶⁴ Navarrini, *Tratt.*, I, n° 20, n. 1. Conf.: Bonelli, I, n° 2; Betti, 19.

⁶⁵ Conf.: Rocco, *Il fallimento*, n° 54.

⁶⁶ Conf.: Bonelli, *lug. cit.*; Patrioli, en *Digesto Italiano*, v° *Decozione*, n° 16.

En el Costituto de Siena de 1262 aparece por primera vez la palabra "cesante" para designar al comerciante en estado de quiebra⁶⁷; concepto aceptado más tarde por el Estatuto de Florencia, de 1415, lib. III, rubr. 1: "*Quicumque mercator vel artifex [...] qui [...] cessabit vel aufugiet cum rebus et pecunia alienis...*"⁶⁸.

El Estatuto de Bolonia, de 1550, se refiere al "mercadante che si dicesse aver fallito o cessato o si fosse reso fuggitivo o ascoso o tenesse per tre di lavoratori la bottega serrata (rubr. 45)"⁶⁹.

Esa expresión "cesante" dio origen a la fórmula moderna de cesación de pagos⁷⁰.

Rocco⁷¹ define así al fallido: "*decoctus est qui [...] a solutione cessat, fugit vel latitat*", concepto con el cual coincide Cassaregis, si bien aclarando lo que se debe entender por cesación de pagos⁷².

⁶⁷ Costituto de Siena, de 1262, tit. II, cap. LXXIV: "*Et si quis Senensis fugerit de civitate Senarum vel cessaverit cum avere alterius, vel fugigit, vel cessavit ... in perpetuum non possit esse civis vel habitator Senensis*" (v.: Rocco, *Il fallimento*, n° 76, n. 3).

⁶⁸ V.: Rocco, *Il fallimento*, n° 73, n. 1. Empero, Bonelli, nos. 47 y 51, n. 2, siguiendo a Dalloz, *Rep. Alph.*, v° *Faillite*, n° 5, afirma que fue en el Estatuto de Florencia de 1415 donde por primera vez aparece el término "cesante".

⁶⁹ Bonelli, n° 47, n. 2: El Estatuto de Florencia, de 1577, III, 2, se refiere a "*quelli que notoriamente cessaranno o si fuggiaranno con le pecunie e robe altrui o che si ritireranno in franchigia o in qualunque modo fuggiranno il cospetto dei loro creditori serrando i loro traffici e ricusando di fare il dovere a chi avra loro creduto*".

⁷⁰ Conf.: Percerou, I, n° 13: En los estatutos italianos está inscrito el principio fundamental, reproducido por el art. 437 de nuestro cód. de com., de que la quiebra consiste en la cesación de pagos; Dalloz, *Rep. alph.*, v° *Faillite*, n° 5: En una constitución de la corte de mercaderes de Florencia se encuentra la enunciación del principio fundamental de nuestra legislación, según el cual la quiebra consiste en la cesación de pagos; Pipia, n° 7: Y allí (los Estatutos italianos) se hallan en germen los principios que todavía actualmente constituyen las líneas angulares del instituto: como los conceptos de que la quiebra se remonta a la cesación de pagos.

⁷¹ Rocco, *Mercatorum notabilia*, nota 1, n° 1.

⁷² Cassaregis, Disc. 192, n.: "*Decoctus non habetur in iure qui facit in negotio suo punctum ob carentiam promptae pecuniae, sed qui est impotens ad satisfaciendum suis creditoribus ob inopiam vel insufficientiam bonorum, et mole creditorum cessat, latitat, vel fugit*". Como hace notar Bonelli, I, n° 42, n. 3. Aquí la palabra "cesar" se emplea como contrapuesta a hacer punto (cesar materialmente en los pagos por falta de dinero).

Stracchia, *Tractatus de conturbatoribus, sive decotoribus*, n° 1, por su parte, dice: "*Unde decotores, conturbatores et bonorum emptores dicuntur, quae recentiores iuris consulti «fallitos» et «cessantes» vocant*".

d) *Los hechos reveladores.*

Durante mucho tiempo fue la fuga el hecho revelador del estado de cesación de pagos que las leyes tomaban en cuenta para la procedencia de la quiebra⁷³. El nombre de *fugitivus* se conservó para designar al deudor insolvente (*decoctus*), aun en los casos en que no mediaba alejamiento del lugar⁷⁴, como ocurría en varios estatutos de las repúblicas italianas⁷⁵, y especialmente en el de Venecia, que ordenaba el secuestro y la liquidación de los bienes del *fugitivus*, aclarando que se consideraban tales: *omnes qui per supra consules iuridice fuerint proclamati*, lo cual no significaba que necesariamente el deudor se debiera haber dado a la fuga, ya que también se lo calificaba de fugitivo cuando se presentaba voluntariamente declarando su insolvencia⁷⁶.

Además de la fuga, constituían hechos reveladores de la insolvencia, la ocultación, el robo, el hurto⁷⁷, la falta de pago, la confesión del deudor, la notoriedad, la pública voz, etc.⁷⁸, así como la ruptura del banco en la plaza del mercado (acto simbólico equivalente a la clausura del negocio)⁷⁹. Conviene dejar aclarado aquí, que esta última práctica dio nacimiento al vocablo "bancarota", que en sus orígenes fue sinónimo de quiebra, aun casual, significado que perdió más adelante, usándose para designar a la quiebra culpable (bancarota simple) o fraudulenta (bancarota fraudulenta), reservándose el vocablo "quiebra" para la quiebra casual⁸⁰. La etimología francesa pretendida por algunos: *banque en route* (banca en fuga), no es aceptada ni por los mismos autores franceses⁸¹.

⁷³ Conf.: Bonelli, I, nº 51; Rocco, *Il fallimento*, nº 73.

⁷⁴ Conf.: Rocco, nos. 70 y 73; Bonelli, I, nº 51 y n. 2.

⁷⁵ Estatutos de: Brescia, nº 107; Florencia, de 1415, lib. III, rub. I; de Génova, de 1498, lib. IV, cap. 7; de Padua, de 1420, *rub. de fugitivibus*. Conf.: Lattes, nº 25; Rocco, *Il fallimento*, nº 73; Bonelli, I, nos. 47 y 51, n. 2; Wach, 163.

⁷⁶ Leyes del Consejo Mayor, abril de 1935. Conf.: Bonelli, I, nº 51, n. 2; Rocco, *Il fallimento*, nº 73.

⁷⁷ Conf.: Bonelli, nº 47.

⁷⁸ Conf.: F. Apodaca y Osuna, *Presupuestos de la quiebra*, Méjico, 1945, 55; Provinciali, 115: También el incumplimiento, la espontánea confesión del deudor, constituyen manifestaciones de insolvencia.

⁷⁹ Conf.: Bonelli, I, nº 5, y n. 1.

⁸⁰ Conf.: Lyon-Caen y Renault, VII, nº I bis; Percerou, II, nº 1503 y n.; Thaller, *Traité*, II, nº 2163; Renouard, I, 29; Lacour y Bouteron, II, nº 2155; Bonelli, I, nº 52, n. 1; Ferreira Borges, *Dicc. jurídico*, vº *Bancarota*; Carvalho de Mendonça, *Das falências*, i, nº 38, n. 4.

⁸¹ Ver: Lyon-Caen y Renault, Percerou, Renouard, lugs. cits.

e) *La quiebra: instituto de derecho común.*

En el derecho de la Edad Media, el procedimiento de concurso se aplicaba indistintamente, como instituto de derecho común, a toda clase de deudores, comerciantes o no⁸². Son expesos en tal sentido los Estatutos de Siena, de 1262; Venecia, de 1244 y 1395; Vercelli, de 1226; Padua, de 1420; Génova, de 1498; y Bolonia, de 1509⁸³, e incluso aquellos estatutos que más se han dedicado a la insolvencia de los comerciantes, no excluyen que al mismo tratamiento pueda ser sometido el deudor civil (v.gr., Milán, Brescia, otros estatutos lombardos, Lucca)⁸⁴. Más adelante, en algunos estatutos aparecen disposiciones que se refieren únicamente a la quiebra de los comerciantes, lo que se explica por el rol preponderante que en tales Estados desempeñaba el comercio. Se comienza así a diferenciar entre la insolvencia civil y la insolvencia comercial, regulándose ésta en forma más severa; generalmente, para la quiebra de los comerciantes, se toma en cuenta la fuga o la cesación de pagos (v.gr., Estatuto de Siena de 1262; íd., Florencia de 1415)⁸⁵.

f) *El salvoconducto y el concordato.*

El derecho estatutario conoció dos instituciones concursales tendientes a paliar las rigurosas consecuencias del procedimiento de quiebra de esa época. Ellos fueron el salvoconducto y el concordato (o convenio de mayoría)⁸⁶.

I. El salvoconducto. Fue una institución destinada a facilitar que el deudor fallido que se hallara fugitivo o encarcelado, tuviera la posibilidad de salir de la cárcel o regresar del exilio, por un plazo de quince días a dos años, a fin de gestionar con sus acreedores el con-

⁸² Conf.: Rocco, *Il fallimento*, nº 72.

⁸³ V.: Rocco, *lug. cit.*, quien transcribe sus disposiciones.

⁸⁴ Conf.: Rocco, *Il fallimento*, nº 72.

⁸⁵ V.: Provinciali, 113. La legislación estatutaria ofrece, asimismo, el medio de refutar el lugar común de que la quiebra constituye, tradicionalmente, un procedimiento propio y exclusivo de la clase mercantil, ya que en realidad esto no es más que un reflejo de la influencia ejercida por el código francés a principios del siglo XIX, que fundó sobre esta falaz distinción entre deudor comerciante y no comerciante el sistema de la institución y su especial característica. Con lo que la moderna legislación italiana sobre la quiebra tenía en casa, en las luminosas tradiciones de nuestras comunas, los esquemas auténticos de la institución, en lugar de inspirarse en ellos, prefirió —al menos sobre este punto, por otra parte esencial— copiar los errores de quien los había (mal) copiado.

⁸⁶ Conf.: Rocco, *Il fallimento*, nº 77; Pertile, VI-2, 398; Ramírez, I, 19.

cordato o convenio de mayoría necesario para poner fin a su estado de falencia. Si bien en el período de duración del salvoconducto concedido, el deudor recuperaba su libertad ambulatoria, persistía su estado de desapoderamiento que le impedía efectuar actos de disposición sobre los bienes que integraban su patrimonio cesante⁸⁷.

II. El concordato. En el derecho romano clásico existió la institución del *pactum ut minus solvatur*, propio del derecho hereditario, que consistía en una especie de convenio de mayoría, celebrado entre el heredero y los acreedores de la herencia abierta con el objeto de reducir lo adeudado dentro de los límites del acervo hereditario y con la finalidad de evitar la infamia derivada de la *bonorum venditio*⁸⁸. Empero, existe acuerdo en la doctrina quiebrista que fue en la legislación estatutaria italiana donde vio la luz la institución del concordato, en principio como modo de poner fin a la quiebra, eliminando el estado de falencia (v.gr., concordato resolutorio); posteriormente también se contempló para llevarlo a cabo antes de la quiebra con la finalidad de evitarla (v.gr., concordato preventivo)⁸⁹. Prácticamente en todas las ciudades italianas recibió consagración legislativa el concordato, en sus dos variedades, siendo el Estatuto de Lucca (años 1556 y 1610) el primero en establecer el concordato preventivo, además de ser considerado el cuerpo legal de esa época que con más minuciosidad reguló el instituto que nos ocupa, fijando condiciones de fondo y de forma similares a las que actualmente rigen la especie. En efecto, las características generales se pueden resumir del siguiente modo: I) el acuerdo puede tener contenido remisorio o dilatorio; II) debe respetar la igualdad de trato (*par omnium conditio creditorum*); III) obtener la adhesión de una determinada mayoría del pasivo⁹⁰ o de los acreedores⁹¹ o, en su caso, de una doble mayoría del pasivo y de los acreedores⁹²; IV) exclusión de los acreedores privilegiados, hipotecarios, prendarios o con garantía⁹³; V) requiriendo, para su operatividad respecto

⁸⁷ Conf.: Rocco y Pertile, lugs. cites.

⁸⁸ Conf.: Rocco, *Il concordato*, nº 10, e *Il fallimento*, nº 59.

⁸⁹ Tonón, 2: mientras la quiebra y el concordato resolutorio resistieron el paso del tiempo, el concordato preventivo se eclipsó y sólo volvió a aparecer, en la legislación belga, a fines del siglo pasado (año 1887).

⁹⁰ El Estatuto de Bologna exigía dos tercios de los créditos. El de Padua, tres cuartos de las deudas, y no de las personas.

⁹¹ El Estatuto de Génova (de 1589 y de 1689) exigía siete octavos de los acreedores.

⁹² El Estatuto de Florencia exigía dos tercios del pasivo y dos tercios de los acreedores.

⁹³ Estatuto de Génova, libro IV, cap. IV.

de la totalidad de los acreedores, en principio, la intervención de la autoridad pública, aprobándolo u homologándolo ⁹⁴.

g) *Otras características generales.*

A fin de completar el panorama sobre otros aspectos que incluyó el proceso de quiebra en los estatutos medievales italianos, puntualizamos que ⁹⁵:

I) La apertura del procedimiento judicial se originaba con motivo de la denuncia de insolvencia efectuada por uno o más acreedores y podía ser pronunciada de oficio ⁹⁶, teniendo como presupuesto alguno de los hechos reveladores de la falencia, a los cuales nos hemos referido *supra*.

II) El proceso de ejecución colectiva es conducido por la autoridad pública representada por magistrados especializados ⁹⁷.

III) Se produce la incautación, por parte de la autoridad pública, de todos los bienes del fallido, que según los estatutos más antiguos, eran entregados en custodia a la masa de acreedores. Sin embargo, en estatutos posteriores se confió la administración de esos bienes a uno o más curadores o síndicos nombrados a propuesta o con la conformidad de los acreedores. Es decir que el fallido quedaba desapoderado perdiendo la administración de sus bienes, aun cuando seguía siendo su propietario.

IV) Se procede a la reconstrucción del patrimonio del fallido, por varios medios: A) Son revocados los actos realizados por el ahora quebrado en un período inmediatamente anterior a la declaración de quiebra. Es el llamado período "sospechoso", que su noción varía según los diversos estatutos, la naturaleza de las relaciones jurídicas mediante las cuales se transmitieron los bienes y la índole de esos bienes ⁹⁸. B) La cónyuge del quebrado es considerada como su virtual

⁹⁴ Conf.: Provinciali, 120.

⁹⁵ Seguimos en lo principal a Rocco, *Il fallimento*, ps. 208 y ss., y a Pertile, VI-2, ps. 391 y ss.

⁹⁶ Conf.: Provinciali, 115: Se puede decir que esta impronta oficiosa del procedimiento es característica propia del procedimiento de quiebra italiano.

⁹⁷ Pertile, *lug. cit.* Bologna: "jueces especiales". Venecia: "jueces de las peticiones", y posteriormente: "Sobrecónsules de los mercaderes". Génova: "Magistrados de los quebrados". Piamonte: "Consulados del comercio y del senado". Nápoles: "Magistrados de comercio".

⁹⁸ Conf.: Provinciali, 116/7: la característica de este período de sospecha es el llevar consigo una retroactividad del desapoderamiento de la quiebra, determinando la restitución a la masa de los bienes salidos del patrimonio y la caducidad de las reclamaciones correspondientes; en ello difiere de la revocación del derecho romano.

cómplice en las sustracciones y ocultaciones de bienes, razón por la cual, si no demuestra que los bienes de ella están exentos de fraude, son integrados al patrimonio desapoderado. C) Los ascendientes, hijos y parientes que convivan con el quebrado son considerados sus socios de hecho, razón por la cual se les extiende la quiebra y sus bienes ingresan en el activo concursal.

V) Los acreedores son convocados a verificar sus créditos. La legitimidad de ellos es reconocida por la autoridad pública, que le atribuye la cualidad y derechos de concurrente, quedando organizados como una colectividad o comunidad jurídica que delibera por mayoría. Rige la *par conditio omnium creditorum*.

VI) Se otorga la acción de reivindicación a los terceros que sean titulares de derechos reales sobre los bienes comprendidos en el desapoderamiento, incluyéndose a la cónyuge del fallido por los bienes dotales.

VII) Los legítimos acreedores, en los estatutos más antiguos, a fin de satisfacer sus acreencias, recibían de la autoridad pública los bienes *in natura* que integraban el activo de la quiebra. Posteriormente, la propia autoridad o el síndico designado, bajo el control de aquélla, procedía a la liquidación de los bienes en pública subasta, distribuyendo su producido en forma proporcional entre los acreedores concurrentes reconocidos.

VIII) El fallido y sus cómplices son sancionados penalmente, de modo diverso: A) En principio se decreta su arresto, que se realiza por la autoridad oficial, aunque algunos estatutos prevén que ello se lleve a cabo por intermedio de los acreedores, quienes debían entregarlo inmediatamente a la autoridad, para que lo aloje en la cárcel comunal. B) Si se trataba de un *fugitivus*, se dictaba un bando, que lo ponía fuera de la ley. El estatuto de los mercaderes de Bolonia, para este caso, contenía una regla jurídica que era una enormidad, pues sancionaba con la pena de muerte si el prófugo continúa su huída, y el de la comuna de Lucca incluía la tortura para constreñir al quebrado. C) Se contemplaban otras sanciones, tales como: pérdida de la ciudadanía; posibilidad de ejercer cualquier oficio; incapacidad para ejercer el comercio; fijación de carteles, con la figura del fallido, en los edificios públicos; inscripción de su nombre en los registros del municipio correspondiente; hasta llegar a la imposición del uso de un gorro blanco o verde, como señuelo de la pública infamia que importaba la quiebra⁹⁹.

⁹⁹ Pertile, VI-2, 394 y ss. Conf.: Provinciali, 119: Una bula del Papa Pío V, en 1570, los fulmina con penas gravísimas, considerándolos como ladrones