

LA INSOLVENCIA Y EL CONCURSO CIVIL DE ACREEDORES

(Observaciones críticas)

WALTER ANTILLON
Suplente de Teoría del Estado,
Facultad de Derecho

Este escrito fue concebido y elaborado más o menos en la forma en que hoy se presenta al tiempo de finalizar el curso lectivo de la Universidad de Roma 1963-1964, e inicialmente tuve el propósito de ofrecerlo al profesor Gian Antonio Micheli, catedrático de Derecho de Quiebra de aquella Casa, para corresponder modestamente a las muchas enseñanzas, sugerencias y estímulos que de él recibí durante el citado curso. Sin embargo este trabajo no llegó a sus manos porque, además de las muchas flaquezas que fui notándole a medida que tomaba forma definida, encontré que tenía un vicio básico, insalvable, y era el de haber sido gestado en el momento en que se esperaba la promulgación del nuevo Código de Comercio de Costa Rica; y esa circunstancia, que al principio solamente fue dilatoria, determinó a la larga que el escrito en cuestión nunca recibiera una redacción definitiva, y que permaneciera en estado de "borrador" en espera de los informes detallados acerca de los concretos términos en que vendría encuadrada la disciplina de la quiebra en particular y, en general, el conjunto de las instituciones jurídicas mercantiles de nuestra Patria.

Y no es que el presente estudio verse concretamente sobre la quiebra, como de otra parte puede apreciarse de su título, alusivo a instituciones civiles; lo que sucede es que éstas añejas instituciones, objeto de mi examen crítico, requerían, a juicio mío, una confrontación con los principios

que sostienen las modernas doctrinas, y no existe actualmente ninguna doctrina acerca de la insolvencia y el concurso civiles, dado que éstos han desaparecido de los ordenamientos jurídicos más representativos de Europa; y por ello no había más camino que hacer la confrontación con la doctrina jurídica (predominantemente italiana, dado que yo me encontraba en Italia) formada alrededor de la quiebra. Debido a lo cual se impuso lógicamente una espera que debió prolongarse hasta mi regreso, en que finalmente entré en contacto con el nuevo Código de Comercio.

Pero fue, a fin de cuentas, una pausa inútil —o casi—, ya que al cabo vine a la desalentadora conclusión de que muy poco era lo que debía modificar o tomar en cuenta respecto a mi escrito, para ponerlo en línea con las "nuevas" disposiciones, por no ser éstas —al menos en la parte para mí aprovechable— en manera alguna novedosas.

San José, febrero de 1965.

I.—VITALIDAD DE LAS INSTITUCIONES CONCURSALES CIVILES

Como suele suceder con ciertas personas afortunadas, se diría que sobre el concurso y la insolvencia civiles no pasan los años, dado que no obstante haber visto la luz, formando parte de los Códigos civil y procesal civil, al nacer el año 1888, se mantienen a esta fecha con la misma estructura y contenido con que fueron entonces concebidos, sin que se acuse en nuestro ambiente jurídico ninguna traza de querer modificarlos, sustituirlos, o derechamente derogarlos.

Pero, ¿qué razón existe que sugiera la conveniencia de postular esos cambios o esa derogatoria? ¿Se hace ello necesario en vista de que tales instituciones no cumplen ya su función dentro del ordenamiento, o se trata tan sólo de

desfogar un mero deseo de destruir, o de ensayar cosas nuevas? Porque la sola antigüedad de aquéllos no implica necesariamente su decrepitud; antes bien, hasta podría argumentarse que la circunstancia de haber permanecido hasta ahora inmutadas fuera, al contrario, índice del beneplácito de que gozan entre nosotros.

De modo que los argumentos en pro o en contra no pueden recabarse de manera simplista y superficial de aquella escueta circunstancia, sino de un criterio formado en el estudio de las normas que regulan las instituciones de marras, de los fines que con las mismas se trató de alcanzar, y de una consideración acerca de los datos concretos relativos a los resultados, favorables o desfavorables, efectivamente conseguidos. Solo después de dar cabo a semejante tarea sería lícito derivar juicios serios sobre el tema que nos ocupa; y precisamente un estudio tentativamente orientado hacia ese cometido es lo que me he propuesto emprender aquí, advirtiendo desde ahora que, por ese objetivo en cierto modo "especializado" que buscamos, no debe esperarse de este trabajo un planteamiento sistemático de la disciplina de quo; ni siquiera me será permitido detenerme en el análisis exhaustivo de ciertos temas apasionantes de la materia concursal, tales entre otros la naturaleza misma de la quiebra, la noción de proceso concursal y la naturaleza de la sentencia declarativa de la quiebra, que de todas maneras han sido magistralmente tratados por la doctrina italiana, especialmente por el propio Profesor Micheli (1).

(1) Conf. de este autor: "Il proceso di fallimento nel quadro della tutela giurisdizionale dei diritti", Giuffré, Milano, 1961 (aparecerá una versión mía bajo el título "El proceso de quiebra en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos" en el Número 6 de la Revista del Colegio de Abogados de Costa Rica); "Profilo della sentenza dichiarativa di fallimento", Cedam, Padova, 1963; y "Amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento", Giuffré, Milano, 1962. Una bibliografía extensa sobre estos problemas puede encontrarse sobre todo en el primero de los mencionados escritos de MICHELI, así como también en RENZO PROVINCIALI: "Manuale di diritto fallimentare", Giuffré, Milano, 1955 (hay versión española de UTHEA, México).

II.—APUNTE HISTORICO ACERCA DE LOS INSTITUTOS CONCURSALES EN COSTA RICA

Nuestro primer legislador, a decir verdad, no se cuidó o se cuidó apenas de regular la actividad de los comerciantes; el Código General de 1841 no contiene, en efecto, un sistema exclusivo de reglas a ellos aplicables, (2) tal y como se estilaba desde muchos años atrás en España y Francia, países que sirvieron de modelo legislativo a dicho Cuerpo (3). Solamente aparecían en el Código de Carrillo algunas normas destinadas a la disciplina del concurso común, que parecen inspiradas en la "Novísima" Recopilación española de 1805. 184

Pasado algún tiempo, sin embargo, se hubo de notar la laguna, ya que en 1853 durante la Presidencia de don Juanito Mora se adoptó el Código de Comercio de España para que, con algunas modificaciones (4) rigiera entre nosotros; y no nos detuvimos allí, sino que además ese mismo año se creyó necesario promulgar una "Ley de enjuiciamiento para negocios y causas mercantiles" (5), donde se regulaba el procedimiento de la quiebra conforme al modelo español (6). Carezco en este momento de toda posibilidad de acceso a las fuentes, siquiera bibliográficas, que me permitirían hacer aunque fuera conjeturas plausibles acerca de los motivos de política legislativa que operaron entonces, induciendo al Gobierno de la época a emprender esa violenta proliferación mercantilista, en franco contraste con la

(2) Código General, Wynkoop, Hallenbeck & Thomas, New York, 1858.

(3) Conf. BRENES CORDOBA: "Historia del Derecho", Tipografía Lehmann, San José, 1913; págs. 315 y 55.

(4) Código de Comercio español reformado por comisión del Supremo Gobierno de Costa Rica para servir al comercio de la República. Librería Garnier Hermanos, París, 1850.

(5) Ley de enjuiciamiento para negocios y causas de comercio. Imprenta de La Paz, San José, 1853.

(6) Conf. la Ley de enjuiciamiento en negocios de comercio que forma parte del Apéndice del Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de JOAQUIN ESCRICHE; Eugénio Maillfert & Compañía, París, 1868. La referida Ley fue promulgada en el año 1830.

actitud del Legislador de 1841. ¿Se trató de un florecimiento de nuestro comercio, fuente de una apreciable serie de relaciones jurídicas que apremiaban las adecuadas soluciones? El tema es interesante para el historiador y tal vez para el sociólogo; desgraciadamente yo me encuentro reducido a la especulación basada en los pocos datos que puedo disponer en la memoria, y desde esa perspectiva me atrevo a suponer que acaso, a la par de un florecimiento del comercio, de caracteres, en todo caso, no muy acusados, fuera concausa de dicha afortunada iniciativa el hecho de que el propio Presidente Mora se dedicara al comercio en su vida privada. Como quiera que sea, para los efectos de este escrito basta con poner en resalto que los referidos Códigos (materia y rito mercantiles) constituyeron nuestra primera regulación jurídica en lo que atañe a la quiebra.

Posteriormente, en fecha que pronto será centenaria (3 de octubre de 1865) se promulgó una Ley General de Concurso de Acreedores (7), que derogó el Libro IV (de la quiebra) del Código de Comercio, así como las disposiciones del Código de Carrillo en materia de concurso civil, dejando intacta sin embargo la Ley de Enjuiciamiento mercantil de 1853.

Esta nueva Ley de Concurso constituyó un notable progreso, al refundir en sus disposiciones toda la materia concursal, independizándola a su vez de los Códigos en que tradicionalmente estaba —y estuvo, todavía mucho tiempo más— contenida, conforme a la moda de la mayor parte de los países americanos y europeos más importantes —hecha excepción de algunas Leyes de los Territorios alemanes, de entre los cuales interesa destacar el Reino de Prusia, cuya Ley concursal de 1855 contenía toda la materia

(7) Que puede consultarse en el tomo correspondiente de la Colección de Leyes, mismo año.

del concurso, incluyendo el régimen procesal, y que según una autorizada opinión, (8) inspiró nuestra Ley del 65.

Pero lo bueno no dura, y así la Ley de concurso de acreedores tuvo muy corta vida, en aras de las ideas contrarias a la unificación de la materia —y de otras aún más erróneas— que entonces dominaban el ambiente jurídico a que nosotros teníamos más fácil acceso. Efectivamente, en forma que me parece inexcusable, la obra legislativa, de carácter más o menos general, llevada a cabo desde el régimen de don Tomás Guardia hasta la Administración de don Bernardo Soto (hasta 1888, para ser exacto) sacrificó la referida Ley, no obstante que sólo contenía una pequeña parte dedicada al concurso civil, con el propósito, que a mí me parece tan deleznable como evidente, de derogar tan sólo esa parte, para sustituirla por el complejo normativo contenido en los Títulos VII y VIII, Libro Tercero del Código Civil. Y creo que fueron, de hecho, tales Títulos, los que regularon en lo sucesivo y exclusivamente tanto la insolvencia y el concurso civiles como la quiebra durante los trece años siguientes, no obstante el notorio reenvío del artículo 898 del Código Civil a "las disposiciones del Código de Comercio", para lo relativo a "la insolvencia de los comerciantes", porque era vano remitir tal hipótesis a un Código cuyo Libro IV (de la quiebra) había sido formalmente derogado en 1865.

También quedó simultáneamente derogado en esa fecha (1888), por virtud de la entrada en vigencia del nuevo Código de procedimientos civiles, la ya citada Ley del rito mercantil, con lo que se completó la abolición total de

(8) BONELLI, en su obra "Del fallimento"; Casa editrice Dott. F. Vallardi, Milano, 1923; Tomo I, pág. XI. Pero no obstante la autorizadísima opinión del que es, quizás, el más célebre de los concursualistas italianos, me resisto a admitir que la Ley prusiana haya ejercido una influencia directa sobre nuestro Legislador del 65; a lo sumo éste tomó de aquélla el criterio de unificación. En todo caso la noticia escueta que sobre el asunto suministra BONELLI no permite mayores conjeturas: quede la inquietud para los historiadores de nuestro Derecho.

nuestra legislación sobre quiebra, ya que obviamente el nuevo cuerpo legal citado disciplinó el procedimiento del concurso civil.

Y es a partir de esa fecha que empiezan nuestros problemas, puesto que el vacío institucional dejado en virtud de tales derogatorias en el campo de la quiebra fue colmado solo a medias trece años más tarde, de manera harto deficiente, al promulgarse la nueva Ley de Quiebras de 1901 (9); la cual no fue ya un cuerpo completo y armónico de normas sobre la materia, sino más bien lo que podríamos llamar un conjunto de disposiciones para la aplicación del concurso civil a los comerciantes, que carecía de una estructura interna adecuada, adolecía de una patente inopia de disposiciones (solamente contaba con cincuenta y cinco artículos) y trataba de paliar tales deficiencias apoyándose morosamente en las relativas disposiciones de los Códigos civil y de procedimientos civiles. Y esa Ley de quiebras rigió en Costa Rica por espacio de sesenta y tres años!

Y es en las deficiencias apuntadas de la Ley de 1901, o mejor: es merced a tales deficiencias que se consolidó la supervivencia sucesiva de los institutos materiales e instrumentales sobre concurso civil de que nos venimos ocupando: tales institutos han sido desde entonces la necesaria ortopedia del tullido instituto de la quiebra, y quien hubiera pretendido entonces reformarlos o suprimirlos, se habría tenido que avocar de previo a la tarea nada fácil de elaborar una nueva Ley de quiebras, o completar la existente con nuevas reglas, para así sustituir las normas civiles, materiales y procesales, que le servían de base.

En la actualidad, y pese a lo evidente de las desventajas de aquella situación, que multiplicaba los problemas interpretativos al remitir al abogado, al juez y al estudioso a aquella diversidad, a veces heterogénea, de fuentes nor-

(9) Conf. Código de comercio y otras leyes mercantiles; Lehmann, San José, 1931.

motivas, el Legislador del nuevo Código de Comercio se ha limitado a reproducir la situación criticada, elaborando, en el Libro Cuarto del referido Código, un régimen de quiebras casi tan incompleto como el de la precedente Ley, y que como aquél exige, o mejor: impone, la aplicación "supletoria" del Código civil, y la exclusiva del Código de procedimientos civiles (sub acápite: "Concurso de acreedores"; Título VIII, del Libro Segundo).

Mas me parece que de esa circunstancia, francamente descepcionante, puede extraerse una lección positiva, pues el hecho de que los ordenamientos concursales civiles hayan servido, no solo —y no tanto— para regular los casos de insolvencia y concurso civiles, ciertamente pocos y casi siempre insignificantes, sino también para integrar y vitalizar la disciplina deficitaria de la quiebra, no está a demostrar la posibilidad y la conveniencia de una futura ley integral?

Pero, volviendo a nuestra reseña histórica, ¿qué razón existía para que, maniobrando de retroceso, tornáramos a legislar separadamente para el concurso y la insolvencia civiles de nuevo en 1888, y todo para que el Código civil de esa fecha reprodujera en gran parte las instituciones de la Ley que derogaba, aplicadas ahora al no comerciante? Creo que una explicación satisfactoria del desconcertante fenómeno estriba en hacer notar, también aquí, esa tendencia destructora más o menos inconsciente que precede a toda obra legislativa de gran aliento, como se presentaba la del 88; y también debió contribuir a ello, como factor positivo, la idea imperante entonces de que debía existir una separación nítida entre las legislaciones civil y mercantil, por constituir esta última, en realidad, un estatuto especial, a saber: el de la clase comerciante (del mismo modo que hoy se habla en nuestra América del Derecho del trabajo como un Derecho separado y clasista). Y no es que la Ley del 65 hubiera abolido, en su impulso unificador, el concurso civil: únicamente lo había asimila-

do dentro, de su estructura, dedicándole algunos capítulos específicos que forman el Título IV, pero asimismo sometién-
dolo a los principios generales contenidos en los Títulos I
y II. Y precisamente fueron estos principios generales los
que en su oportunidad pasaron a formar básicamente el Tí-
tulo VII y parte del VIII del Libro Tercero del Código civil
(10).

Pero desde entonces la Ciencia Jurídica continuó evo-
lucionando, y muy pronto fue puesta en entredicho la idea
del Derecho mercantil como un Derecho de Clase, en ob-
sequio de la teoría, entonces en boga, derivada del llama-
do criterio objetivo (o de la naturaleza de los actos)
(11), y que pretendía postular la aplicación del Derecho
comercial ahí donde se formara un cierto tipo de relacio-
nes de determinado contenido, sin atender, para calificarlas,
al carácter de los sujetos que en ellas intervenían. Tal co-
rriente doctrinaria tuvo gran vigencia precisamente durante
las dos primeras décadas de nuestro Siglo, y no fue sino
con la evolución de la gran industria operada en la pri-
mera Postguerra (y especialmente después de la crisis del
año 1932) que con el estudio armónico y coordinado de
una serie de disciplinas jurídicas que recibieron el nombre
comprendido de Derecho de la economía (Wirtschaftsrecht)
(12) se retornó, dentro del ámbito del Derecho privado, a
una perspectiva que en muchos sentidos coincidía con la
del superado Derecho mercantil de Clase (13).

(10) Pero no se busque entre ambos una semejanza de estructura: ésta debió nece-
sariamente variarse, ya que la Ley derogada obedecía a la idea de unificar los
procedimientos concursales, mientras el Código civil se circunscribió en los Tí-
tulos referidos, a la parte sustancial de la insolvencia común.

(11) Conf. CESARE VIVANTE: Tratado de Derecho Mercantil. Editorial Reus,
Madrid, 1932; Tomo I, pág. 100 y ss; y Alfredo ROCCO: "Principios de
Derecho mercantil; Editora Nacional, México, 1955; pág. 147 y ss.

(12) Conf. FRANCESCO MESSINEO: "Manual de Der. Civil y comercial"; Ejea.
Argentina, 1958. Vol. I, pág. 63; JULIUS von GIERKE: "Derecho comercial
y de la navegación"; TEA, Argentina, 1957; Tomo I, pág. 13.

(13) Conf. TULLIO ASCARELLI: "Lezioni di dir. commerciale", Giuffrè, Milano,
1955, pág. 109 y ss.

Empero no se trató entonces de un simple retorno a viejas posiciones. La observación de los fenómenos jurídicos provocados con ocasión de las relaciones a que daba lugar el complejo juego de la economía moderna —fenómenos como el de la producción masiva de bienes y servicios; el planteamiento de la gran economía privada; los consorcios; el trabajo organizado colectivamente; etc.—, permitió individualizar un nuevo personaje de las relaciones jurídicas: el empresario, que no era ya el mero comerciante de antaño, sino algo mucho más complicado, por ser también frecuentemente sujeto de relaciones que hasta entonces se consideraron ajenas al ámbito del Derecho mercantil, pero que aparecían coordinadas dentro de un conjunto de actividades de indiscutible finalidad económica. Se trata de la persona (física o jurídica) que organiza los medios adecuados a la producción o cambio de bienes o servicios, mediante actividades que pueden ser ya meramente comerciales, ya agrícolas o industriales, ya de carácter híbrido, operando cada vez más frecuentemente, en escala internacional (14).

El Derecho de la economía tuvo su primera formulación teórica en Alemania, ya antes de la Segunda Guerra Mundial, habiéndose extendido en la actualidad —aunque sin muy precisos contornos, y más bien como expresión comprensiva de un conjunto de disciplinas jurídicas— por el resto de los más importantes países de economía capitalista (15). Y consecuentemente puede afirmarse que igual difusión ha tenido en el campo de la Ciencia Jurídica como en el plano positivo la figura del empresario, entendido como sujeto de relaciones jurídicas de primerísimo orden, tal

(14) FRANCESCO FERRARA Jr.: "Gli imprenditori e le società": Giuffrè, Milano, 1962; págs. 25 y 55; y PAOLO GRECO: "Profilo dell'impresa economica nel nuovo codice civile", en el Vol. 77 de las "Atti dell'Accademia di scienze di Torino".

(15) MESSINEO: loc. cit., GIERKE: loc. cit. También constituye una muestra de su difusión la "Rivista di diritto dell'economia" que edita Morano, de Nápoles.

y como puede observarse en el Código civil italiano de 1942, que lo dedica gran parte del Libro Quinto (16). Y asimismo, como era de rigor que sucediera, fue también alrededor de la figura del empresario que se construyó la nueva disciplina concursal en Italia, en sus variadas formas (17).

Frente a esa evolución de la Ciencia Jurídica, determinante de un indudable progreso del ordenamiento positivo de muchos países —progreso, no porque se hayan registrado cambios legislativos más o menos catastróficos, sino en cuanto tales cambios entrañan una serie de certeros remedios para la solución de los problemas que suscita la actividad productivística de nuestra época— nuestro propio ordenamiento permaneció en gran parte insensible, prestando atención a ciertos obvios requerimientos (18), pero pasando de largo frente a lo más valioso de las nuevas doctrinas, a saber: la síntesis jurídica que permite contemplar unitariamente a la luz del Derecho el fenómeno fundamental de la Economía —y uno de los más importantes de la Civilización—: la Producción, sin la cual síntesis la Ciencia del Derecho no puede ofrecer a la sociedad moderna las soluciones adecuadas a sus problemas.

Y ahora que se perfilan ciertos esfuerzos aislados por renovar nuestro ordenamiento, vemos estupefactos que la mayor parte de nuestros juristas continúan moviéndose ufanamente dentro de los cuadros venerables de la legislación de tipo napoleónico —tampoco pasan los años sobre ellos—, sin acusar recibo (siquiera fuera para repudiarlas) de las tendencias modernas.

(16) Traducido y editado en español como Apéndice de la citada obra de MESSINEO, Volumen I.

(17) El régimen italiano de la quiebra y otras instituciones concursales (Decreto Ley Nº 267 de 16 de marzo de 1942) aparece vertido al español como Apéndice de la obra de SALVATORE SATTA: "Instituciones de Derecho de quiebra"; EJEA, Argentina, 1951.

(18) Me refiero a la legislación laboral, especialmente.

¿Por qué motivo, verbigracia, no aparece netamente perfilada la figura jurídica del empresario en ninguno de los proyectos para la materia mercantil hoy existentes? ¿Qué motivos se han aducido para no hacer caso de esa figura, hoy eje y pivote de uno de los sectores más fecundos del Derecho privado? Ciertamente que la llamada "empresa individual de responsabilidad limitada" constituye por lo menos una novedad, pero yo no me atrevería a augurarle un gran suceso, tal y como está proyectada, en el futuro de las instituciones patrias. Me parece entender que la referida empresa individual delinea la idea de la hacienda mercantil como unidad económica separada, pero atribuyéndole una personalidad jurídica propia cuya base teórica es insostenible y cuyo objetivo no alcanzo a comprender, porque si de lo que se trataba era de proteger una determinada parte del patrimonio del supuesto empresario —en forma tal de evitarle una ruina que repercuta en el ámbito de su familia— el camino obviamente era el que han seguido la mayoría de las legislaciones modernas, que es precisamente el de la organización del patrimonio familiar inalienable, inembargable y en un cierto grado también indisoluble (19). Resumiendo creo que lo que le hace falta a la figura de la empresa individual es esculpirle en la cúspide, con rasgos netos, la figura del empresario, diluyendo en la personalidad jurídica de éste la que se proyecta atribuir autónomamente a aquélla.

Pero el desamparo de nuestra doctrina jurídica resulta particularmente manifiesto en el campo de la quiebra, como hemos tenido ocasión de exponer arriba, en donde se hace más urgente la utilización de la institución del empresario para que aquella pueda extender sus efectos a todo tipo de empresa que organice la producción o el cambio

(19) Conf. GUIDO TEDESCHI: "El régimen patrimonial de la familia"; EJE, Argentina, 1954, pág. 83 y ss; en la doctrina alemana puede verse: Heinrich LEHMANN: "Tratado de Derecho Civil"; Ed. Revista de Der. Privado, Madrid, 1955; Tomo II, pág. 100.

mediante una actividad que ya en manera alguna puede decirse exclusivamente mercantil, ni siquiera altamente industrial, sino que combina en sinnúmero de casos las actividades de más diverso rango y especie a fin de coordinarlas dentro del ciclo integral de la producción y el intercambio.

III.—LA INSOLVENCIA Y EL CONCURSO CIVILES FRENTE A LA QUIEBRA

Desde muchos puntos de vista pueden confrontarse los dos grupos de instituciones y no sería el caso de agotar aquí todas esas perspectivas, sino solamente aquellas que nos permitan sacar en claro ciertas diferencias específicas entre ellas, que puedan servir más adelante como elementos de juicio para el objetivo que este estudio se propone. En ese orden de ideas se justifica que la problemática que al respecto presentaremos sea más bien pobre, es decir, limitada a los temas que adelante se enumeran.

a) Los intereses tutelados:

Es para todos notorio que los procedimientos concursales se caracterizan por la variedad de finalidades que persiguen y la diversidad de medios enderezadas a obtenerlas, todo ello englobado y coordinado dentro de un mismo proceso, todo lo cual aparece a primera vista al estudioso como una verdadera "fronda procesal", al decir de un autor (20), y constituye ciertamente el principal motivo de tropiezo en los muchos esfuerzos de clasificación y esclarecimiento que ha intentado la doctrina de ayer y de hoy (21); y así también particularmente en orden a la disciplina de la insolvencia y el concurso civiles será lícito primero que todo tratar de individualizar esas diversas y a veces contrapuestas finalidades, que buscan satisfacer otros tantos intereses a través de los medios más variados.

(20) MANUEL DE LA PLAZA: "Derecho Procesal Civil español". Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955; Vol. II, Segunda Parte, pág. 648.

(21) Ver MICHELI: "Il processo di fallimento . . ." citado.

En primer lugar es evidente que el deudor, tanto en la quiebra como en los procesos civiles de quo, puede eventualmente tener interés en que se declare su propia insolvencia, ya que con ello puede ponerse en grado de evitar las consecuencias atomizadoras derivadas de una multiplicidad de procesos ejecutivos comunes que actúan gravando su patrimonio, para tratar de someter a éste a una disciplina estricta que además le permitirá apreciar cuál es su verdadero estado; y asimismo para tratar de lograr de ese modo, en un momento en que todavía puede ser alagüeño para los acreedores, las ventajas del llamado concordato preventivo extrajudicial o preliminar (22). Obviamente para la actuación de ese interés, concebido a veces como el fundamento de un verdadero derecho de acción a favor del deudor (23), nuestro Código civil permite a éste presentarse al Juez pidiendo su propia insolvencia (artículo 886); pero sin configurar ese acto como una obligación de su parte, para seguidamente derivar de su eventual incumplimiento determinadas consecuencias desventajosas a los intereses de aquél, como sí ocurre en el campo de la quiebra (artículos 853 y 918, inciso a) del Código de Comercio) (24).

Tampoco podría fundadamente negarse el interés del acreedor o acreedores en que se declare la insolvencia, tanto del comerciante como del que no lo es; interés éste protegido de modo preferente dentro del régimen del Código civil, al darse a aquéllos una serie de instrumentos dirigidos a la mejor satisfacción de sus créditos hasta el punto de ponerlos en una posición preponderante, no sólo frente al fallido (lo cual resulta intuitivo) (25) y frente a terceros (artículos 901 y ss.) sino ante el propio órgano jurisdiccional (véase artículos 945 y ss. del Código ibídem, particu-

(22) Art. 563 del Cód. de procedimientos civiles.

(23) Ver PROVINCIALI: "Manuale . . ." cit., I, pág. 259 y ss. Pero se trata de una tesis que no ha encontrado eco en la doctrina.

(24) Véase más adelante, en el texto.

(25) Bastaría para ello señalar los múltiples efectos que producen los institutos concursales en relación con aquél.

larmente ilustrativos al respecto). El instituto, sobra decirlo, está orientado hacia una protección decidida y teóricamente eficaz de los acreedores (no obstante lo cual parece excluida legalmente la posibilidad de configurarlo como un procedimiento de ejecución (26) de carácter general, tal y como está descrito en la ley y la doctrina española (27), y como lo pretenden la mayoría de los especialistas latinoamericanos y europeos (28), hecha advertencia de que los más de ellos no se refieren concretamente al concurso civil, sino a los procedimientos concursales en general, o especialmente a la quiebra); pero esto no debe entenderse en el sentido de que la realización de los intereses de aquéllos sea el vehículo para realizar un interés general (29): creo poder afirmar que el concurso no va más allá, en ese sentido, de una actividad satisfactiva y, por ende, meramente privada, mientras que en otros aspectos sea posible individualizar, siquiera en forma indirecta, un elemento publicístico (30).

En cambio me parece lícito aplicar a nuestro régimen de quiebra la afirmación programática de que la eliminación del comerciante insolvente actuada a través de la liquidación de sus bienes es asumida por el Legislador como de

- (26) Porque en nuestro Ordenamiento está definido implícitamente como un proceso de jurisdicción voluntaria; conf. art. 710 del Cód. proced. civiles, que en mi modesto criterio alude su último apartado a los procesos de sucesión y de concurso de acreedores, entre los cuales existe una analogía procesal evidente de acuerdo con el Código; de modo que no me parece acertado decir que de ambos "juicios universales", la sucesión es voluntaria y se encuentra por ello comprendida dentro de la citada regla del art. 710 *ibidem*, y el concurso es contencioso (y concretamente "ejecutivo") y no ha sido aludido en dicha norma. Creo que ese modo de razonar implicaría una petición de principio, pues daría por sentado algo que debe justificarse a la luz del Derecho positivo.
- (27) Conf. SATTÀ: *op. cit.*, pág. 31 y ss; FERRARA Jr.: "Il fallimento"; Giuffré, Milano, 1959. pág. 62 y ss; y entre los latinoamericanos puede verse FONTANAROSA, en sus Notas a la citada obra de SATTÀ, pág. 39, sub. N° 9; y EUFRACIO LOZA: "Curso de quiebras", Assandri, Argentina, pág. 10, 1952.
- (28) Como sí parece ocurrir en el Ordenamiento italiano, sobre el cual véase MICHELI: "Il fallimento..." *cit.*, pág. 476 y ss.
- (30) Sobre ello véase el texto, N° III, c).

interés a la tutela de los acreedores, considerada como "altísimo interés público" (31).

Por último y aunque ello no esté, como si dijéramos: en la superficie del fenómeno, también creo posible aislar en la base de los institutos de comentario (insolvencia y concurso civiles), de carácter, hemos visto, más privatístico que la propia quiebra, la satisfacción de un interés general; y si ello no puede ser claramente derivado de las disposiciones preordenadas con miras a la tutela de los acreedores —como hemos visto que ocurre en la disciplina italiana de la quiebra—, resulta, aunque ello sea indirectamente, de las medidas que tienden a sancionar la conducta eventualmente ilícita del deudor, conducta que es susceptible de interesar a la Vindicta Pública en cuanto vaya más allá de la esfera de la simple culpa civil (artículos 291 a 298 del Código Penal).

b) Los presupuestos:

Hecha mención entonces de los intereses ordinariamente protegidos por las instituciones de quo, entremos ahora al examen comparado de los presupuestos generales de las mismas, a fin de determinar si en el ámbito de nuestra legislación descansan en iguales o diversos fundamentos, sin dejar de señalar, por otra parte, algunos principios acogidos en la doctrina extranjera que me parecen de utilidad como puntos de referencia.

Algunos autores —e incluso discretos autores, como el español Manuel de la Plaza (32)— parecen hacer depender la diferencia entre los institutos que hemos estado comparando de la diversidad de presupuestos, porque —dicen— la insuficiencia de los bienes del deudor en orden a sus

(31) Exposición de Motivos del Decreto N° 267 de 1942 ya citado, según MICHELI: op. cit., en la nota 29.

(32) Op. cit., Vol. II, pág. 611, sub a).

obligaciones lo es del concurso civil, mientras que el sobreseimiento en los pagos lo es de la quiebra (33).

El anterior criterio, vivamente combatido en doctrina, y en verdad insostenible, porque evidentemente la cesación de pagos debe implicar la insolvencia del deudor comerciante para que surta los efectos que la ley le atribuye, como el mismo De la Plaza se encarga de hacer notar más adelante (34), creo que puede ser defendido con éxito a la luz de nuestro Derecho Positivo, porque de acuerdo con el artículo 862 de nuestro Código de comercio, el Juez estaría obligado a decretarla sin más trámite con sólo que el presunto deudor le demuestre que cesó en el pago de una sola de sus obligaciones, y llene los requisitos del artículo 854 ibídem, sin que sea permitido a dicho funcionario negarse a hacer tal declaración porque compruebe, mediante un estudio documentado de la hacienda del solicitante, que sus bienes cubren con ventaja el importe total de sus obligaciones, y que el sobreseimiento en el pago de una sola de ellas obedece a dificultades temporales que el deudor no ha podido superar, y que producen la paralización de una determinada parte de sus negocios. Si lo mejor de la doctrina, pues, se inclina por ver en la cesación de pagos un síntoma que el Juez debe apreciar, en su análisis de la situación económica del deudor (35), creo, como dije, que ello no podría ser aplicado entre nosotros sin forzar el sentido de los artículos de comentario, conforme a los cuales sí me parece posible perfilar situacio-

(33) Sin embargo el mismo autor (op.cit.: loc.cit., pág. 660) interpreta el art. 874 del vigente Código de comercio español en el sentido de hacer de la cesación de pagos un mero síntoma de la insolvencia, preconizando así la unidad de presupuestos de la quiebra y el concurso civil, no obstante que la norma contenida en el art. 889, inciso 2º ibídem, establece la misma regla que me hizo llegar a la conclusión contraria en relación con nuestro ordenamiento (ver art. 851, inciso a) y 862, de nuestro Código de comercio). Sobre el punto véase también RAMIREZ: op.cit., loc.cit., págs. 623 y 624, igualmente confuso y contradictorio.

(34) A ello me he referido en la nota anterior.

(35) Véase, por todos, SATTA: op.cit., pág. 54 y ss.

nes en que la cesación de pagos, aún no siendo implicativa de insolvencia —e incluso podría darse el caso de que la cesación careciera totalmente de vinculación causal con la situación económica del deudor, que podría ser excelente (pero aquél, por cualesquiera motivos, se niega a pagar determinadas deudas)— constituye presupuesto en sí suficiente para la declaración de quiebra.

c) Publicidad o privacidad:

Este carácter de privacidad del concurso que he dejado señalado de paso al hablar (sub "a") de la primacía de la tutela de los acreedores entre los posibles diversos fines a obtener, también me parece que da base para una diferencia entre la naturaleza de aquél y la de la quiebra, ya que del mismo me parece que pueden derivarse consecuencias muy estimables.

Como es notorio el concurso y la insolvencia civiles pueden ser provocados "por la manifestación del deudor" (dice el artículo 886 ya citado); empero aquél acto me parece que está delineado en el Código como puramente voluntario, por no estar ligado mediante una hipótesis conminatoria a un determinado régimen de sanciones, ya civiles, ya penales. Parece muy dudoso hipotizar que con base en la referida omisión de "manifestación" por parte del deudor para que sea declarada su insolvencia pueda más tarde el acreedor solicitante o en su caso el curador pedir, dentro del expediente de calificación, que se declare la fraudulencia de aquélla, o que al menos la referida omisión de manifestación sea apreciada como un indicio seguro de fraude. Pero de otro lado también creo que puede fundadamente sostenerse que el deudor que, viendo claramente desintegrarse su patrimonio por virtud de una multiplicidad de procesos ejecutivos, no acude al Juez para que lo declare insolvente, no debe luego admitírsele la pretensión de que la insuficiencia de sus bienes se ha debido

exclusivamente a circunstancias excusables, si aparece por otra parte que la condición de los acreedores legalizantes en el concurso ha resultado en definitiva empeorada por causa de aquellos procesos que pudieron ser exitosamente enervados mediante la declaración oportuna de la insolvencia. No obstante lo dicho, no creo que la hipótesis expuesta de último posea una importancia capaz de gravitar sobre la afirmada "voluntariedad" de la manifestación que el deudor hace para los fines del referido artículo 886 del Código Civil.

En cambio sí es obligatorio declararse en quiebra para el comerciante que ha cesado en el pago de una sola obligación (36), declaración que, como ya tuvo ocasión de señalarlo antes, debe presentarse al Juez dentro del preteritorio término de diez días a partir de la fecha en que ocurre el sobreseimiento indicado (artículo 853 del C. de C.), bajo pena de declarar su culpabilidad si así no lo hiciere (art. 918, inciso e) del Código ibídem). A nadie se oculta que la finalidad de esta conminatoria mira no solamente al interés de los acreedores en particular, y al del propio deudor, sino también y de manera muy acusada al interés público, ya que mediante la misma se trata de prevenir un desequilibrio económico que tenderá cada día a ser mayor, así como también de lograr la erradicación oportuna de "una planta enferma en el huerto de la economía" (37). Y si esta misma medida no existe respecto del insolvente civil, ello se debe, me parece, a que la situación de éste no ha sido contemplada por el Legislador con un criterio prevalentemente publicístico, sino como del resorte

(36) Creo que esta obligatoriedad de la declaración de su propia quiebra impuesta por la Ley al deudor no está delineada en términos tan enérgicos que hagan de la correspondiente disposición un sustitutivo eficaz de la declaratoria oficiosa; y que falta nos está haciendo ésta, para evitar que la quiebra sobrevenga cuando la hacienda del deudor se encuentra ya "in articulo mortis"! Y no se me oculta que para llegar a una reforma en ese sentido habrá que vencer la resistencia "liberal" y la inercia general, lo que será ya bastante faena.

(37) CARNELUTTI, citado por MICHELL: op.cit., pág. 475.

privado de los acreedores y el deudor; todo lo cual tiene su explicación en que el descalabro económico del no comerciante no fue entonces —en 1888— ni es hoy considerado capaz de provocar graves quebrantos en la economía de un mercado ni la consiguiente intensa repercusión negativa en el crédito público que seguramente provocará la insolvencia de una empresa comercial, siquiera sea de medianas proporciones.

d) El factor económico en la determinación del sujeto procesal:

Y es a partir de esa característica últimamente señalada que me parece debe buscarse la más importante diferencia entre el concurso civil y la quiebra, diferencia que podríamos llamar subjetiva, atendiendo a que se refiere a la condición de quienes intervienen como sujetos en uno y otro instituto.

Como es sabido el sujeto del concurso civil y de la insolvencia civil pueden caracterizarse de manera negativa diciendo que lo son las personas físicas que no tengan la condición de comerciante, o bien las personas jurídicas privadas que no hayan sido constituidas de conformidad con las reglas del Código de comercio (artículo 5º, contrario sensu); y ello es así porque en el Código civil no hay ninguna disposición de la que puedan hacerse derivar determinadas características integrativas de la figura del insolvente civil, pues como tuvimos ocasión de ver (sub II), cuando el referido Código entró en vigencia quedó derogada la Ley de Concurso del 65, de modo que aquél asumió general aplicación para la materia, y en esas condiciones mal puede buscarse en sus artículos una delimitación: ésta vino a operarse posteriormente desde fuera, es decir, por efecto de la promulgación de la nueva Ley de quiebras de 1901.

Esta simple limitación subjetiva acarrea de hecho una diferencia abisal en lo que atañe a la importancia econó-

mica de los respectivos procesos, pues modernamente es inconcebible una actividad de ciertas proporciones que no esté constituida en forma de sociedad comercial, o que al menos no se dedique a actividades que puedan aunque sea en un sentido amplio calificarse como mercantiles; de modo que en este aspecto la insolvencia y el concurso civiles se caracterizarán (y la estadística me dará la razón) por ser de modesta cuantía —¿y cómo podría ser de otro modo, si ese formidable instrumento que es el crédito sólo asume proporciones importantes cuando de actividades mercantiles se trata, o para mejor decirlo: con actividades relacionadas con la producción y el cambio? Y hoy solamente el empresario o la sociedad están en capacidad de desarrollar en grande tales actividades, multiplicando para ello las posibilidades del crédito; en forma que parece lógico atender a ese factor real y concreto para orientar una diferencia de trato legislativo entre los procedimientos encargados de regular la actividad empresarial, y los destinados a hacerlo respecto de actividades no económicas.

Si de un lado puede resueltamente afirmarse que la quiebra está dirigida a remediar uno de los grandes males de la actividad comercial, como es la situación producida a causa de la ruina de las empresas (38), no creo sea posible sostener, paralelamente, que la insolvencia y el concurso civiles sean los instrumentos idóneos que han sido dispuestos para remediar males análogos en el ámbito de la actividad no mercantil, como parece entenderlo un autor (39). Realmente no creo pueda sostenerse hoy un paralelismo de medios y fines entre ambas actividades, como si entre ellas solo existiera una diferencia cuantitativa, de mero volumen, por mucho que ello sirva de ocasión para el loable propósito de patrocinar la unificación de ambas instituciones. Porque es cabalmente allí donde veo una de las grandes fallas de esa tesis: en creer que con la insolvencia

(38) SATTÁ: op.cit., pág. 6 y ss.

(39) PLAZA: op. y loc.cit., pág. 611, sub a).

y el concurso civiles, sea que estén concebidos como formando parte de un régimen único junto con la quiebra, sea que se les considere separadamente, sean instrumentos aptos para resolver, dentro del reducido ámbito de la economía no empresarial, un problema crediticio de alcance muy limitado y de carácter casi exclusivamente privado, usando para ello de los mismos medios empleados para regular ciertos aspectos patológicos de la actividad comercial.

Es posible que la diferencia entre ambos órdenes de actividades no fuese tan patente en el tiempo en que se creyó posible mantener ese paralelismo de soluciones (y sin embargo la diferencia existía y era percibida: prueba de ello la legiferación separada); debió considerarse entonces que en sustancia el problema era idéntico, solo calificado cuantitativamente en orden a la mayor disponibilidad de medios de que gozaba la clase comerciante, a la que debía corresponder, por ende, en la Ley, una mayor severidad de trato. Y de otro lado, en lo que se refiere particularmente a Costa Rica, el ámbito no comercial de la actividad económica era comparativamente muy considerable, habida cuenta de la exigüidad del comercio (para no mencionar la industria, que prácticamente no existía) frente a la extensión y el incremento de la agricultura.

Pero en nuestra época, por el contrario, puede observarse fácilmente que la tendencia dominante consiste en la organización de empresas a base de una concurrencia de capitales, incluso para emprender actividades que sólo en un sentido amplísimo —a riesgo de diluir así los elementos diferenciadores— podrían considerarse mercantiles (y pese a lo cual caerían siempre dentro del ámbito de la quiebra, si la referida concurrencia de capitales se organiza en lo jurídico bajo una de las formas de la sociedad mercantil, como ocurre entre nosotros). Y es allí donde podemos apreciar claramente que las decantadas diferencias, cuantitativas al inicio, entre ambos tipos de actividad, llegan a un

cierto grado a provocar verdaderas diferencias cualitativas (40): ejemplo de ello es el factor de la producción, que solo es calificado para efectos jurídicos cuando alcanza un determinado volumen.

El corolario práctico de todo esto que queda relatado es palpable para quien tenga una experiencia directa de la vida judicial: las quiebras suelen ser numerosas y es raro encontrar una cuyo monto no exceda de medio millón de colones, provocando a veces graves problemas en diversos sectores de la economía nacional: mientras las insolvencias y concursos civiles son cada día más raros, y difícilmente su pasivo alcanza los diez mil colones, cuando mucho. Las personas sometidas a insolvencia suelen ser hoy los pequeños empleados imprudentes, o víctimas de infortunios familiares, generalmente deudores por préstamos de consumo, que caen en manos de los agiotistas por su buen propósito de nivelar su presupuesto doméstico.

IV.—OBJETIVOS DE LA INSOLVENCIA Y EL CONCURSO CIVILES

Me parece que es para todos aceptable la observación de que la insolvencia y el concurso comunes persiguen primordialmente un fin satisfactivo de orden privado (41) que sin mayores rozamientos puede ponerse en línea con el que persigue la ejecución singular (42). Al lado de ese fin tutelar de los acreedores, que evidentemente domina el proceso concursal no mercantil, puede eventualmente co-

(40) Es una de las leyes de la dialéctica hegeliana que Marx aplicó por primera vez a la Economía. Conf. su obra "El Capital"; Fondo de Cultura Económica, México, 1959; Tomo I, pág. 247.

(41) Que la satisfacción de los acreedores actuada paritariamente dentro de los procedimientos concursales (par condicio creditorum) deba considerarse de orden privado, parece negarlo CANDIAN (Proceso di fallimento. Cedam, Padova 1934; pág. 37) al atribuir carácter publicístico a la regla de la "par condicio creditorum". Pero sobre ello véase la réplica de SATTÀ: Esecuzione forzata; Giuffrè, Milano, 1937, pág. 125.

(42) FERRARA: il fallimento cit., loc.cit.

locarse el fin sancionador que implica el instituto de la calificación de la insolvencia, dirigido a establecer responsabilidades de orden penal y civil a cargo del fallido por su conducta culposa o fraudulenta. Examinemos brevemente algunas de dichas finalidades confrontándolas con las que persigue la quiebra, y asimismo señalemos algunos de los medios puestos en la ley para obtenerlas.

a) La satisfacción de los acreedores:

En forma realista, pero con un cierto pesimismo, los autores españoles han hablado de que tanto el régimen del concurso civil como el de la quiebra descansan en la comunidad de pérdidas, expresión muy esclarecedora e ilustrativa de la esencia de aquellos institutos, además de que hace alusión, a la vez que a la indicada insuficiencia de bienes que subyace en la raíz de los mismos, también a aquella "comunidad" peculiar de ellos, disciplinada y garantizada por la regla conocida como "par condicio creditorum", que me parece es el principio fundamental que informa todo procedimiento concursal en lo que atañe a la distribución de los bienes y cargas del fallido entre todos sus acreedores, conforme a sus derechos y privilegios.

Pero al lado de este principio, informativo de la entera estructura del procedimiento, existen en nuestro sistema ciertas instituciones tomadas al concurso mercantil del Derecho Común de la Edad Media Europea (como fuentes pueden citarse específicamente el *Labyrinthus creditorum*... etc., de Salgado de Somoza (43) en la doctrina; y las Ordenanzas de Bilbao de 1737 en la legislación), como son el llamado "desapoderamiento" del deudor fallido, el período de sospecha precedente a la declaración de la quiebra, y la llamada "acción Pauliana" concursal, dispuestas para la

(43) Conf. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO: "Salgado de Somoza y los concursualistas alemanes" en *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*; *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1944; págs. 63 y ss.

conservación y —si es el caso— la reconstitución del patrimonio del fallido, funcionando las tres en el sentido de invalidar ciertos actos de aquél ejecutados después y anteriormente a la declaración, por su orden.

El desapoderamiento es, en sí, una medida conservativa que consiste en la separación entre el fallido y su patrimonio, a fin de cautelar éste y disponerlo en términos que hagan más fácil la distribución. Opera, pues, en un sentido negativo, alejando al deudor de sus bienes —se entiende: de los que están sujetos al régimen concursal—, para lograr más cómoda y seguramente su preservación (44). Y en cuanto al período de sospecha, se endereza a la invalidación, ope legis, de una serie de actos ejecutados por el deudor dentro de un período inmediatamente anterior a la declaración judicial de concurso, en el cual se presume que aquél se encontraba ya, de hecho, en estado de insolvencia.

Pero lo que me parece de más interés es la acción revocatoria concursal, conocida entre nosotros como "acción pauliana", dispuesta también para la reconstitución del patrimonio del deudor, cuando hubiera sido distraído fraudulentamente en perjuicio de los acreedores que en el mismo hallan la garantía de satisfacción de sus créditos, tal y como dice el conocido artículo 981 del Código civil. Tal acción deberá intentarla el curador del concurso —o eventualmente uno o varios acreedores interesados— contra los terceros ilegítimamente beneficiados con aquellos actos; acción que deberá ser planteada en la vía ordinaria una vez que la junta de acreedores se pronuncie al respecto, ya afirmativamente (caso en el cual la demanda es incoada por el curador en representación de la masa), ya en sentido negativo (y entonces serán los acreedores minoritarios interesados quienes por su cuenta y riesgo verán de hacerlo).

(44) SATTÁ, Instit. cit., pág. 156 y ss.

b) La sanción del deudor culpable o defraudador:

No parece aventurado afirmar que la finalidad sancionadora del concurso civil en cuya virtud se somete al deudor a ciertas consecuencias de orden penal o civil cuando aquél se ha producido o agravado por culpa o fraude del citado deudor, constituye sólo un aspecto accesorio de dicho procedimiento (45), que está dirigido a tutelar los intereses acreedores principalmente por la vía indirecta de la tutela penal de la buena fe.

Prueba de ello es que análogas sanciones pueden encontrarse fuera de los procedimientos concursales tanto en el campo penal como en el civil, como remedios dirigidos a reprimir la conducta del deudor, y a paliar o eliminar sus consecuencias dañosas. Aunque es cierto, como ha sido observado, que en cuanto a las figuras culposas los remedios civiles suelen ser más eficaces que los penales, sucediendo precisamente lo contrario en relación con las figuras propiamente delictuosas (y es por ello que se echa de menos en nuestro ordenamiento civil, a la par de un desarrollo suficiente del instituto de la simulación de negocios jurídicos (46), el establecimiento de los principios fundamentales de la revocatoria ordinaria, institución encargada de remediar, extra concurso, los perjuicios irrogados por el deudor a sus acreedores por medio de actuaciones viciadas) (47).

(45) Con. BONELLI, *op.cit.*, Vol. III, sub art. 855 y ss. Actualmente puede consultarse con provecho sobre el régimen penal del concurso NUVOLONE: *Il diritto penale del fallimento*; Giuffré, Milano, 1955, espec. pág. 9 y ss.

(46) Conf. Artículos 1414 a 1417, inclusive, del Código civil italiano, que establecen, por su orden, los efectos de la simulación entre las partes, respecto a terceros, relaciones con los acreedores y prueba de la simulación. En nuestra doctrina puede verse el estudio del Lic. Pablo CASAFONT, aparecido en el número 1 de la Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica.

(47) Conf. arts. 2901 a 2904, inclusive, del Código civil italiano. Un estudio sumario, mas certero, del instituto de la revocatoria ordinaria en relación con el concurso puede encontrarse en SATTA, *op.cit.*, pág. 225 y ss.

V.—DIFICULTAD DE OBTENER LOS RESULTADOS BUSCADOS MEDIANTE LOS INSTITUTOS QUE HAN QUEDADO DESCRITOS

Los medios legales arriba indicados, instituidos para la consecución de las referidas finalidades (sub IV, a y b) exigen para el concurso civil un aparato y un dispendio que casi diría que quedan sintéticamente ilustrados con sólo constatar la cantidad de artículos que el Código civil (ciento dieciséis) y el Código de procedimientos civiles (ochenta y ocho) le dedican; artículos que representan un mecanismo normalmente tan complejo y oneroso para el deudor y los acreedores que ya casi no hay, por cierto, quien se decida a incoarlo con optimismo: sin contar con que si dichos acreedores pretendieran además plantear acciones de nulidad (paulianas), tendrían que iniciar por separado, por medio del curador, sendos procesos ordinarios dirigidos a tal fin, y ello haría mucho más caro, lento y aleatorio el procedimiento (pero a eso casi nunca se llega, por el motivo deleznable de que la cuantía del pasivo de la insolvencia suele ser tan bajo que ni siquiera la posibilidad de reconstituir el patrimonio deudor mediante acciones paulianas despierta en el acreedor el interés suficiente, ya que la inversión que para él representa ese propósito suele ser mayor que el propio crédito a cobrar).

VI.—LA DESNATURALIZACION DE LOS OBJETIVOS

Sin embargo hay que confesar cínicamente que existen entre nosotros, es decir, creados por la práctica forense, otros objetivos diversos de los perseguidos por la ley, que sin embargo se buscan y se obtienen mediante el empleo de los institutos concursales civiles, en forma tal que podría decirse llanamente que su consecución ha llegado a imprimir una segunda naturaleza a dichos institutos, que si todavía se les ve en la práctica de los Tribunales, raramente, es cierto, ello se debe casi exclusivamente a que cumplen

una función hoy bien definida: a) de constreñir al deudor mediante el arma "legal" que representa la posibilidad del arresto, a fin de que busque un arreglo desesperado con sus acreedores; o bien la de persuadir a alguno de sus familiares, haciendo efectivo dicho arresto, para que intervengan por lo menos como "garantes" de un nuevo "arreglo". Si merced a esa tergiversación de su sana y normal finalidad es que el instituto ha podido subsistir y mantiene hoy un mínimo de aplicación práctica, creo que más valdría restablecer, con toda franqueza, la prisión por deudas.

VII.—LAS SOLUCIONES FUERA DEL CONCURSO CIVIL

Se me dará posiblemente la razón en que, fuera del concurso puede suplirse, aún con ventaja, la finalidad puramente sancionatoria del mismo, ya que diversas figuras penales de la defraudación pueden ordinariamente cubrir hipotéticamente los diversos tipos de conducta ilícita que puede asumir el deudor no comerciante frente a sus acreedores (48). Empero, y no obstante todo lo que hemos podido concluir de lo arriba dicho, muchos dirán que resulta imprescindible mantener el procedimiento concursal civil, para así garantizar, aunque ello sea sobre los despojos, la "par condicio creditorum"; y lo dirán pensando en lo que hoy día sucede con el proceso ejecutivo común, donde la posibilidad de obtener satisfacción de los bienes del deudor depende de que esos se encuentren disponibles, y si lo están, el éxito estriba en la maña o, en el mejor de los casos, en la suma

(48) Y es que en realidad el insolvente civil no puede en la práctica tener ocasión de cometer los delitos específicamente concursales, tal y como hoy día se consideran, ya que en ellos siempre aparecerá como un factor determinante el daño a la economía general, contemplado no solo desde el punto de vista de la lesión a otros empresarios acreedores —en donde sus repercusiones suelen ser muy graves, pues a menudo provocan verdaderas cadenas de quiebras— sino también desde el punto de vista del trastorno de la producción y el intercambio, cuando se trata de artículos o servicios de primordial importancia para la vida de la colectividad. Obviamente solo puede cometer delitos de esa naturaleza quien tenga en sus manos los medios para ello, y tal es hoy día el empresario. La insolvencia civil no puede afectar la producción de una colectividad, ni es probable que provoque nuevas insolvencias.

diligencia que el acreedor sea capaz de desplegar, en medio de la rebatiña y el desconcierto. Podrían también argüir, a mayor abundamiento, que fuera del concurso no existe ningún medio legal de asegurar y reconstituir eficazmente un patrimonio deudor ilícitamente disipado o en trance de serlo. Examinemos separadamente cada uno de los aspectos apuntados:

a) En cuanto a la garantía que ofrece la "par condicio creditorum", me parece que podría conservarse hipotizando una aplicación general efectiva del artículo 981 del Código civil, y para ello bastará con abrir el proceso ejecutivo común a la concurrencia de todos los acreedores, regulando entonces, naturalmente, el *modus operandi* de tal concurso, que por otra parte no es en modo alguno desconocido en doctrina. Y es más, entre nosotros existe ya un procedimiento que tiende a ese fin (más de un modo un poco alambicado): la tercería llamada *coadyuvante*, que certeramente ha sido definida como un pequeño concurso de acreedores (49); pero el tener que incoar de previo la tercería, llenándose los requisitos que la ley señala para lograr así que el Juez admita al nuevo acreedor a "coadyuvar", resulta evidentemente en la práctica un engorro capaz de dar al traste con la finalidad perseguida y, por ende, con la entera institución, convirtiéndose entonces ese tipo de concurso en una situación de excepción, cuando, vista la situación real y concreta que se trata de normar, merecería ser la regla general (50).

(49) OSCAR FRANCISCO GONZALEZ: "Intervención de terceros en la relación procesal". en Revista del Colegio de Abogados, San José, 1958; N° 146 a 150.

(50) Sobre el concurso de acreedores en la ejecución singular puede consultarse la doctrina italiana, especialmente: ENRICO REDENTI: "Derecho procesal civil"; EJEA, Argentina, 1957; Tomo II, pág. 367 y ss.; GIAN ANTONIO MICHELI: "L'esecuzione forzata", como parte de la obra "Commentario al Codice civile" dirigida por los profesores A. Scialoja y G. Branca; Zanichelli, Bologna-Roma, 1953; pág. 376 y ss.; FRANCESCO CARNELUTTI: "Instituciones del proceso civil"; EJEA, Argentina, 1960; Tomo III, pág. 31 y ss.

b) En lo que atañe al complejo de efectos de la declaración de concurso que se suele llamar con el término de "desapoderamiento", tendientes todos ellos a sustituir al fallido en la conservación, administración e incluso en la disposición de sus bienes para lograr así una mejor garantía para los acreedores, creo que esa serie de efectos pueden ser sustituidos mediante el simple embargo de bienes que hoy existe como una medida coordinadora dentro de los actos del proceso ejecutivo singular. Pero sí valdría la pena que la ley indicara claramente sus efectos, ya sea respecto de los bienes mismos, frente al deudor o, en fin, ya frente a terceros adquirentes de derechos sobre aquéllos, antes o después del embargo.

En efecto, no hay objeto en "desapoderar" de sus bienes a un deudor que a menudo no tiene otros que su ya comprometido salario. Someterlo en esas condiciones a una serie de cautelas y contralores como si se tratara del jefe de una gran empresa resulta ciertamente pomposo, a más de inútil: el embargo, bien regulado, basta al efecto.

c) En cuanto atañe a la reconstitución del patrimonio del insolvente civil, actuada mediante las nulidades "ope legis" y "ope iudicis" del período de sospecha y la acción pauliana, respectivamente, me parece que la solución está en regular dentro de nuestro Código civil, como institución independiente del concurso, la tan conocida acción revocatoria ordinaria, probadamente idónea y como tal adoptada y mantenida en las legislaciones más progresistas, la que permite al acreedor interesado (sin necesidad de obtener de previo la declaración de insolvencia de su deudor; luego esperar la junta de acreedores para que éstos decidan acerca de la conveniencia de plantear o no la acción pauliana concursal), promover por su cuenta, en el momento y modo oportunos, el proceso tendiente a lograr la ineficacia de los actos de su deudor que ilegítimamente menoscaban su garantía. Y obsérvese que la acción revocatoria ordinaria cumple eventualmente una sana finalidad preven-

tiva, puesto que pone a los acreedores diligentes en grado de evitar esas situaciones de insolvencia que se tratan de preparar mediante actos ilícitos de colusión ejecutados cuando la situación del deudor todavía aparenta bonanza, y que en definitiva, por esa explicable resistencia de los acreedores a actuar in extremis, pueden quedar fuera de los períodos de impugnación.

A juzgar por la frecuencia con que nuestra acción concursal de nulidad (llamada Pauliana) se presenta ante nuestros Tribunales —quien escribe confiesa no haber visto planteada ni haber tramitado nunca una, pero sí ha oído hablar de que ello ocurrió una vez, hace muchos años, ante el Juzgado Primero Civil; pero el proceso correspondiente parece haber sido finalmente desistido—, me parece que el laborioso camino a recorrer de previo por el interesado no es ciertamente muy estimulante. En cambio la acción revocatoria ordinaria, que obedece a la misma causa que la concursal, evita al acreedor ese largo, azaroso iter de agotar necesariamente una serie de etapas procesales que implican gastos, riesgos y demoras, con resultados aleatorios —pues suele ocurrir que otros acreedores interesados en que las acciones no se planteen obstaculizan en diversas formas la superación de dichas etapas—, todo lo cual, visto en su conjunto, ofrece un panorama más bien desalentador.

VIII.—CONCLUSION

Creo poder afirmar, ahora, recogiendo los parciales resultados del precedente examen, que las dimensiones naturales del proceso concursal civil de nuestro sistema son desmesuradas frente a la situación que se trata de normar; que los objetivos que dicho proceso persigue se demuestran inadecuados y, lógicamente, no suelen ser ni remotamente alcanzados en los casos concretos; pero otros objetivos, que ciertamente el Legislador habría cuidado de tornar inasequibles, por la carga antisocial que arrastran, han venido

en la realidad a sustituir a aquéllos. De otra parte hemos visto que no es difícil, fuera del concurso civil, organizar un sistema que garantice con justicia o, al menos, con mayor equidad, la tutela de los intereses de los acreedores, sin atropellar al deudor ni a los terceros.

Así pues, volviendo al tema inicial, la lozanía con que a la fecha se nos presentan las instituciones de estudio pese a sus setenta y siete años de inalterada vigencia, más se parece a los afeites del cadáver embalsamado que a los colores de la sana vitalidad. A la luz de un juicio recto tiene que aparecer como un mal síntoma para formar el diagnóstico de nuestra sociedad el hecho de que una institución tan poco operante se haya podido mantener hasta ahora, estorbando el progreso institucional de nuestro Ordenamiento, y en particular la regulación adecuada, tanto de las situaciones a que da lugar la insolvencia de los no comerciante, como las propias instituciones de la quiebra, siendo de deplorar que estas últimas no se encuentren ya normadas por una ley específica, integral y coherente, sino que hayan de malnutrirse en todos los códigos vigentes (a saber: Comercial, Civil, Procesal, Penal, y hasta en el de Trabajo!), con la consiguiente desorientación que ello acarrea al juez, al litigante, al intérprete y, en fin, al estudiante.

Hasta aquí la crítica; y para no limitarme a ella me permito proponer un sencillo esquema, con finalidad programática, de los remedios que se me ocurren conforme a lo expuesto líneas atrás, así: I. Elaboración legislativa de la figura del "empresario", que dentro del ámbito del Derecho privado abarcará la más restringida del "comerciante"; II. Unificación legislativa del régimen concursal, circunscribiendo entonces en un cuerpo legal único todas las instituciones privadas y públicas que hoy forman esta importante materia, y que entre nosotros se encuentran diseminadas en varios Códigos; y III. Tutela efectiva del acreedor civil fuera del ámbito concursal, sin desconocer, por otro lado, las debidas garantías del deudor y de terceros de buena fe. Dicha

tutela puede garantizarse creando: a) un régimen sustantivo de la institución del embargo (sus alcances, efectos, etc.); b) un proceso ejecutivo abierto a la concurrencia de los acreedores; y c) la acción revocatoria ordinaria.

Solamente por ese camino, me parece, podremos algún día ofrecer dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico una tutela efectiva de los derechos patrimoniales. Y este trabajo habría logrado su propósito si de algún modo contribuyera a alcanzar esa meta.