

R. 68484

ANALES DE LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA * Año XXI * 1944 - 1945

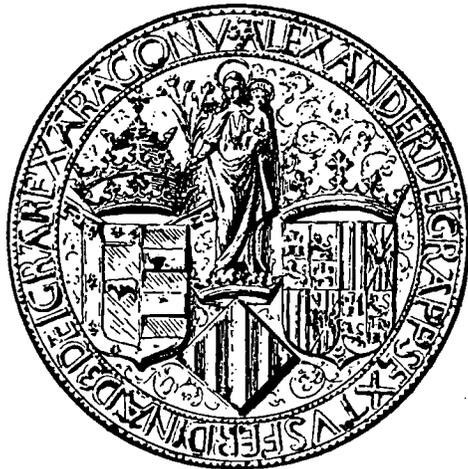
La situación anormal del comerciante y sus soluciones legales

DISCURSO LEÍDO EN LA SOLEMNE INAUGURACIÓN DEL CURSO ACADÉMICO
DE 1944 A 1945 EN LA UNIVERSIDAD DE VALENCIA

POR EL

M. I. Sr. Dr. D. Ricardo Mur Sancho

CATEDRÁTICO DE DERECHO MERCANTIL



VALENCIA - 1944
IMPRESA HIJO DE F. VIVES MORA
HERNÁN CORTÉS, 8



MU D.2/11128

RL 11630188

Ri 18621958

Se publican estos ANALES por acuerdo del Claustro de la Universidad de Valencia, la cual se reserva los derechos que marca la Ley.

En los trabajos no oficiales que los ANALES publiquen, cada autor será responsable de sus asertos y opiniones.

EXCMO. Y MAGNÍFICO SEÑOR;
EXCMOS. E ILMOS. SEÑORES;
RELEVANTES PERSONALIDADES QUE RENDÍS TRIBUTO AGRADECIDÍSIMO A LA UNIVERSIDAD ACOMPAÑÁNDONOS EN ESTE SOLEMNE ACTO;
ESCOLARES QUERIDÍSIMOS;
SEÑORAS Y SEÑORES:

No os ofendáis si las primeras palabras que pronuncio desde esta tribuna se dirigen, no a vosotros; *Invocación.*
sino a Aquella cuya Imagen es remate y corona de esta augusta asamblea y viene como a presidirla y vivificarla: a María Inmaculada, que colocada en bellísima efigie en la cumbre del frontis presidencial nos acoge amorosa bajo su manto y nos alienta eficazmente con su ternura. Yo te saludo reverentemente, ¡oh Señora!, en nombre de la Universidad valentina, la primera que juró defender tu incomparable privilegio de la Concepción sin mancilla, y te rindo humildemente filial homenaje a Ti, *Sedes sapientae*, a quien la Iglesia, movida del Espíritu Santo, aplica conceptos y alabanzas dirigidos a la Sabiduría. Y cuando al trasponer el umbral de este Paraninfo veía en su lugar preeminente la imagen de tu excelsitud,

lágrimas arrasaban mis ojos recordando tiempos, que quisiera olvidar, en que, no sin resistencia, hasta cruenta, de buenos hijos tuyos, espíritus extraviados más que pervertidos, en su guerra contra Cristo, derribaron, con ese bellissimo lienzo, como algo que estorbaba, el reconocimiento de tu patrocinio sobre la Universidad que desde ese Solio ostentas y que por derecho propio te pertenece.

Era la hora del mal y la potestad de las tinieblas que nuestros pecados conjuraron, y que como agobiadora pesadilla tortura aún nuestro ánimo.

Mas, Tú, compasiva, que en otros tiempos suscitaste desde las norteñas tierras de Covadonga caudillo ilustre que inició la tarea de reconquistar a España para Cristo, movida del propio amor a esta Nación, has templado en la fragua de tu amor ardiente a España la tizona de un ilustre soldado, de aquellas norteñas playas oriundo, que animoso levantó bandera de una nueva reconquista. Bajo tu amparo se nos muestra presidiendo contigo y tu Divino Hijo, Sabiduría increada, esta augusta asamblea. Protégela, aliéntala, en la ingente labor que sobre sí ha tomado de *instaurare omnia in Christo*, especialmente en lo que mira a la enseñanza, donde tan denodadamente la ha iniciado y prosigue, y haz, que así como con tu auxilio el espiritualismo cristiano español venció a la barbarie musulmana en aquella secular cruzada que inició Pelayo, así ahora, también con tu poderosísimo auxilio, ese mismo espíritu cristiano que cobijó la bandera que un glorioso 18 de julio enarboló el Generalísimo, nota esplendente de las Universidades de España, aniquile totalmente de estas tierras occidentales la nueva barbarie de aquella ciénaga abyecta del materialismo que nos estaba asfixiando, y que nuevos Tarikes y Muzas habían traído a esta bendita tierra tuya, en la que quisiste incrustar indeleblemente, como su medula y corona, el más pujante espíritu cristiano cuando viniste a ella posándote sobre pilar sagrado, junto a las márgenes del Ebro.

A Ti lo pide y de Ti lo espera la Universidad de Valencia, que si en otro tiempo juró, con gloriosa iniciativa,

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

defender el dogma de tu Concepción sin mancha, ahora, en un memorable 23 de octubre de 1942, en la Basílica del Pilar, por boca de nuestro querido Rector, que a tus plantas y en la Presidencia de esta Asamblea es vivo testimonio del voto, juró ante un Arzobispo valenciano defender la verdad de tu Asunción corporal y de ser Tu Medianera Universal de las gracias. Y en estos momentos trágicos, en que la más gigantesca de las guerras que la Historia conoce y que, quizá por el deseo de que pronto finalice, nos parece tocar a su término, y con ello los más graves problemas que pueden concebirse se van a debatir sobre el montón de ruinas materiales y espirituales en que quedará sepultada toda la haz de la tierra, la Universidad de Valencia, que te ve colocada de nuevo en el lugar preeminente de este señorial recinto, a Ti se dirige y de Ti espera, y por mi indigna boca te pide, que por tu condición de Omnipotencia suplicante y de Medianera de las gracias, que ha jurado defender, libres a España y a la Universidad de cuanto pueda menoscabar el espiritualismo cristiano que ha sido siempre timbre de nuestra Patria y blasón de la Universidad española.

Y atendiendo ya a vosotros, ilustre concurrencia, sin juramento me podéis creer que al ocupar este sitio me agobia la honrosa, pero magna pesadumbre, de la función que he de llenar. *Saludo.*

Cuando siendo mozo, como vosotros hoy, queridos estudiantes, asistía jubiloso a las solemnes aperturas de curso, y en espléndidos días de nuestra Valencia veía desfilar por los Claustros la preclara y majestuosa comitiva de los profesores, con su brillante traje académico, tocadas las cabezas con el birrete doctoral, cuyos flecos las rodean y cobijan como aureola que las sublima y consagra, y cuyos distintos matices vienen a ser como los de la luz alba de la ciencia, que de sus inteligencias irradia, pero con los distintos colores del espectro, según la faceta científica a que dedicaron sus afanes, con la medalla de catedrático sobre el corazón, ya que todos sus latidos habían de ser para función tan elevada; y cuando instalados

en este magno Paraninfo los contemplaba rodeados de las primeras autoridades de Valencia, la Diputación, el Ayuntamiento, inclitas personalidades, representaciones de todas las actividades culturales y docentes, y se elevaba arrobado mi ser a esta sublime región del espíritu desde donde tan mezquina se presenta la charca de los intereses materiales; y cuando, según el señorial protocolo, iba el Maestro de ceremonias, con su gramalla negra, blanco penacho y pértiga de ébano y plata, con dos ilustres miembros del Claustro, a invitar y conducir a esta tribuna a quien llevaría desde ella la voz de la Universidad, con honda melancolía, mezcla de ambición y desaliento, me decía: *si j'etai roi*, si yo fuera rey, si fuese yo quien a tal honra cupiese... Pero no soy sino un humilde estudiante...

La Providencia ha dispuesto que se cumpliesen aquellos anhelos de mis ardientes juveniles años, y al contemplarlos hoy realizados, ¡cuán distintas veo las cosas! Porque la solemnidad del acto, la alteza cada vez, para mí, más patente de la Universidad; los preclaros varones cuyas efigies orlan estos muros y que ante mi ánimo ellos, tan sabios, tan ilustres, tan maestros, parecen dispuestos a escucharme; la reunión en esta sala de tanta dignidad y sabiduría que se apresta a oír a la Universidad por boca del último de sus miembros, de tal modo contrastan con mi pequeñez y flaqueza, que me abruma la honrosa misión que sobre mí pesa, como si fuese sarcástica pena por la vanidosa aspiración de mi época estudiantil.

Y si me fuera posible seguir la norma del preceptista latino: *Sumite materiam vestris aequam viribus*, no hubiese asumido yo ahora la función que desempeño, porque mis fuerzas no son adecuadas para ella. Mas no la he asumido libremente, sino por mandarlo la ley, y ante ello no hay atrevimiento que censurar sino indulgencia que conceder, y que de todos vosotros espero, sufriendo bondadosamente la molestia que al cumplir mi cometido os ocasione.

Y antes de entrar en el tema del discurso he de hacer, según loable tradición, brevísima referencia de la actuación de la Universidad en el curso que ha finalizado y del movimiento del personal docente en el mismo.

Mejoras en la Universidad de Valencia el pasado curso.

Fecundo en bienes para la Universidad ha sido el curso de 1943 a 1944. La institución de los Colegios Mayores, tradición gloriosa de la Universidad española, restablecidos oficialmente después de la guerra de liberación y regulados con todo cariño por la nueva ley de Ordenación Universitaria, en que con tanto entusiasmo, decisión y eficacia ha laborado, preponderantemente, un ilustre hijo de esta Universidad, el actual ministro de Educación Nacional, excelentísimo señor don José Ibáñez Martín, ha arraigado de tal modo en Valencia que, además del Colegio del Beato Juan de Ribera, en Burjasot, modelo en su género, plantel de hombres ilustres, fundado años ha y cuando tales instituciones eran algo inusitado, por la generosidad de una ilustre dama valenciana (1) y que ya por aclamación social tenía tal consideración de Colegio Mayor, antes de que el Poder público se la otorgara; y del Colegio Mayor Universitario de San Vicente Ferrer, Patrono de Valencia, que tanto influjo tuvo en la formación del *Estudi general*, Colegio Mayor fundado por la inclita Orden de Predicadores a que San Vicente perteneció y que no decae en su amor a la enseñanza superior, existen erigidos en este curso los Colegios Mayores del Sindicato Español Universitario, en que se han transformado sus antiguas Residencias de estudiantes y el que esta Universidad está construyendo en la zona del paseo al mar, que tantas instituciones universitarias va albergando.

También allí, y desde hace muchos lustros, había iniciada una construcción cuyo término no se podía lograr nunca: el edificio para la Facultad de Ciencias. Pero el interés que el Caudillo tiene por cuanto se refiere a la enseñanza, la protección que el Ministro nos dispensa y el celo de nuestro Rector, han conseguido que tuviese fin

(1) Doña Carolina Alvarez, viuda de La Encina.

lo que parecía no había de alcanzarlo; y desde el presente curso la Facultad de Ciencias, ocupando el nuevo edificio, tiene lugar adecuado para su reconocida laboriosidad y la excelente enseñanza que viene dando. La Universidad está por ello de plácemes, aunque los unidos por vínculos de gran afecto a los dignísimos profesores de tan noble Facultad, lamentemos esta material separación que nos priva de convivir con ellos con la intimidad de que gozábamos.

Casi abandonada materialmente muchos lustros y víctima de la persecución roja, era necesario que ahora, cuando la vida religiosa de la Universidad se ha establecido y al estudiante se le considera en su cuerpo y en su espíritu, en su vida natural y en la sobrenatural, se atendiese a la Capilla de la Universidad, simbolo y apoyo de la nota religiosa que la Universidad debe tener, luz de las almas universitarias, fuego para sus corazones, sal para la moralidad de sus costumbres, y nuestras autoridades académicas, ya lo habéis visto, la han restaurado bellísima y adecuadamente.

Y como no es propio hablar de proyectos, por muy próxima que su realización se vea, sino de hechos ya consumados, nada os he de decir del embellecimiento que ha de conseguir este edificio, en consonancia con su altísima representación, tan celosa y eficazmente apoyado por el excelentísimo Ayuntamiento con importantes reformas urbanas en sus alrededores; ni del tan necesario traslado de la Facultad de Medicina al edificio para ella construido, ni de la reforma de la biblioteca universitaria dentro de estos locales, etc.; pero vengo a citarlo para que veáis que el ánimo para mejorar la Universidad continúa con todo su ímpetu y que son de esperar ópimos frutos para muy en breve.

Movimiento en el personal docente. En orden al personal docente hemos tenido sensibles bajas durante el pasado curso.

Por razón de la edad fué jubilado el Auxiliar numerario de la Facultad de Medicina, D. Francisco Reig Pastor, personalidad destacada en la esfera profesional como es-

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

pecialista de enfermedades del aparato digestivo, y que ha realizado muy laudable labor docente en la Ilustre Facultad de Medicina durante más de treinta años.

Por razones particulares que respetamos, pero que la Universidad lamenta en cuanto les han apartado de la enseñanza, han sido baja por excedencia voluntaria dos Catedráticos de la Facultad de Derecho: el de Derecho Político, D. Tomás Elorrieta Artaza, espíritu cultísimo, prestigioso abogado, que por sus excelentes cualidades supo ganarse el afecto entrañable de todos nosotros, profesores y estudiantes, en los pocos años que desempeñó su Cátedra en Valencia, y el de Derecho Procesal, D. Angel Enciso Calvo, joven y eminente procesalista, cuyo rápido paso por estos claustros no nos permitió sino comenzar a saborear las excelencias de sus dotes y la ilusión de los frutos que sus enseñanzas habían de producir.

Impulsados por su deseo de campo más dilatado para sus enseñanzas, han dejado esta Universidad, para labo-
rar en la de Madrid, don Octavio R. Foz Gazulla, antiguo y brillante alumno de esta Universidad, Catedrático de Química física en la Facultad de Ciencias, y el de la de Derecho, D. Alfonso García Gallo, de indiscutibles méritos, Catedrático de Historia del Derecho. El haber alcanzado sus nuevos puestos por oposición es ya prueba elocuente de la innegable competencia de ambos, que nosotros ya conocíamos por el tiempo que con ellos convivíamos, y que como valencianos deploramos que no produzca ya sus frutos en nuestra Universidad.

Como veis, ninguna baja ha sido producida por la implacable Parca. Pero rectifico. En una fría mañana del pasado enero, en estos mismos claustros, era objeto un cadáver de triste y emocionada despedida.

Era el cadáver de D. Joaquín Ros Gómez, Catedrático de Derecho Romano, jubilado, Rector que fué de esta Universidad, maestro de muchas generaciones durante casi cuarenta años de función docente; abogado prestigioso, valenciano ilustre, universitario entusiasta, como lo demostró toda su vida, y especialmente cuando

en el año 1919 trabajó con inusitado celo en la redacción del estatuto de la Universidad, y que si *efectivamente* había ya cesado en su función universitaria, *afectivamente* pertenecía aún a esta Corporación. Y ella, con motivo del triste y severo acto del entierro, testimonió los vínculos que a él le ligaban. ¡Descanse en paz!

El sentimiento que tales referidas bajas producen en la Universidad tiene su contrapartida en el gozo producido por la venida de nuevos Catedráticos. La Cátedra de Paleografía de la Facultad de Filosofía y Letras ha sido provista en D. Felipe Mateu Llopis, ex alumno de esta Universidad, bibliotecario meritísimo, personalidad muy reconocida por su pericia en el campo de su vocación; la de Dermatología y Sifiliografía, en la del eminente doctor D. Francisco Javier Vilanova Montiu, renombrado especialista, que deja su función docente de Valladolid para ejercerla, de lo que Valencia mucho se enorgullece y espera, en la Facultad de Medicina de esta Universidad.

Y permitid que, profesando igual admiración para todos, mi corazón se abra con entrañable afecto al daros noticia de otros dos Catedráticos recién venidos: D. Pablo Alvarez Rubiano, de Historia de España Moderna y Contemporánea, en la Facultad de Filosofía y Letras, y D. Juan Galvañ Escutia, de Derecho Administrativo, en la de Derecho.

No puedo olvidar que hace pocos años eran alumnos brillantes de esta Universidad y que se sentaban en los bancos del aula donde quien os dirige la palabra enseñaba la disciplina que le compete. Su ejemplaridad, aplicación e inteligencia predecían lo que se ha realizado, y para mí, que guardo siempre afecto a mis discípulos, ha sido día de gran júbilo el que les he visto ocupar junto a mí en esta Universidad el codiciado y merecido galardón de la Cátedra.

A todos les da la Universidad la más cordial bienvenida.

Tema del discurso. Y llenada ya con el relato de estos hechos parte de la

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

función que me compete, he de entrar en la más difícil y abrumadora de lo que se llama el *discurso* de apertura.

Y la primera cuestión que se me plantea es la del tema objeto de mi labor.

Sobre dos órdenes de materias suelen versar estos discursos: uno, de temas docentes, universitarios, reformas que la enseñanza necesita, aspiraciones de la Universidad; otro, sobre estudios científicos.

No he vacilado en cuanto a ello. Hace tres años, el ilustre Rector de la Universidad, Dr. Rodríguez Fornos, en acto igual a éste, trató de modo magistral el tema de reformas de la enseñanza, que todos suscribimos. Después, la ley de Ordenación Universitaria ha establecido esenciales reformas en la Universidad, de las que fundamentalmente hay que esperar grandes beneficios. Esa materia, podríamos decir pedagógica, era, pues, inútil tratarla.

Había que escoger la de orden científico, y como es lógico y tradicional, materia de la disciplina del orador.

Grave perplejidad he tenido en ello. ¡Son tan interesantes los problemas que el Derecho Mercantil entraña!

Pero juzgaba que había de elegir algo que por las circunstancias que atravesamos tuviese en algún aspecto tinte de actualidad que la hiciese interesante, y al observar la anormalidad económica que en el mundo existe, perturbadora de las empresas mercantiles, muchas de las cuales van a su ruina, y que el Derecho ha de atender a su remedio, y que esa anormalidad ha de salir más a la superficie al terminar la guerra, he creído que llenaría mi cometido si trataba *de la situación anormal del comerciante y sus soluciones legales*.

Y elegido ya el tema, lo he de desarrollar exponiendo como base y punto de partida del mismo, *Plan del mismo.* qué es la situación anormal a que me refiero; y después, qué soluciones legales hay para remediarla, ya organizadas con carácter general (quiebra, concordato en la quiebra, concordato preventivo, suspensión de pagos), ya dictadas para casos particulares o excepcionales.

Según este plan expondré el tema, pero no en forma

de monografía, agotadora de la materia, porque: primero la incomunicación espiritual tan extrema con el mundo culto, que España sufre desde hace muchos años, antes por su guerra de liberación, ahora por la mundial que nos agobia, priva del material necesario para que la monografía sea lo que debe ser; y segundo, porque salvando todos los respetos para la opinión contraria, habiendo de dirigirme a todos vosotros en acto como el presente, estimo que no es éste el momento apropiado para leer una monografía, en general árida y estéril para quien no posea ya grandes conocimientos especiales de la materia.

Entiendo más bien que debe ser tratado el tema en amplias líneas, en grandes síntesis, con toda claridad en lo fundamental para que aun los no especializados, pero cultos como todos vosotros sois, lo entiendan y mediten y hagan fecundas las sugerencias que la materia tratada produzca.

Preguntado una vez Rossini qué juicio le merecía la música de Verdi (hay que hacer notar que esto fué antes de que el genio de Roncole brillase con su robusta, magistral y casi inaccesible personalidad creadora), contestó que en ella había mucho bueno y mucho nuevo; pero que lo nuevo no era bueno, ni lo bueno nuevo.

Con más razón que de la música verdiana habló el cisne de Pessaro podría yo decirlo del discurso que voy a pronunciar. Pero en cuanto a mi labor personal me consuela el pensar que no hay nada más despreciable que la basura y, sin embargo, la planta, merced a su actividad vital, la transforma en fruto sazonado o bellísima rosa. Si vuestra actividad intelectual extrae de la pobreza de lo nuevo que os diga flores o frutos que ornamenten o nutran la esfera del Derecho Mercantil y sus aplicaciones, no será trabajo ni tiempo perdido el que empleamos.

Así, pues, con este halagüeño deseo e ilusión, empiezo a hablaros de

LA SITUACION ANORMAL DEL COMERCIANTE Y SUS SOLUCIONES LEGALES

I. LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

Es el comercio, en su concepción económica más esquemática, la actividad que hace circular las riquezas tomándolas del productor y poniéndolas a disposición del consumidor. *El comercio vive del crédito.*

Y como ni el espejo para reflejar la luz necesita ser luminoso, ni el acueducto manar agua él para conducirla, así el comerciante, de suyo, no necesita tampoco poseer riquezas en su función de cauce o intermediario para ellas.

Cierto que como el medio jurídico-económico de adquisición es el cambio, sólo entregando el valor correlativo podrá el comerciante tomar los productos para hacerlos circular. Mas esto no quiere decir que necesaria y previamente posea ya de su propia substancia el valor necesario para la adquisición, porque el crédito que le concedan, bien el productor aplazando el cobro, bien un tercero proporcionándole los fondos que al entregar las mercancías el productor exija, le permitirá sin riqueza previa propia, obtener los productos y disponer de ellos. Y una vez colocados en el mercado, y obteniendo así no sólo su costo, sino el lucro mercantil que persigue, abonará el precio aplazado o satisfará el crédito obtenido, y cerrará de tal modo la operación económica, sin haber necesitado riqueza suya antecedente.

No afirmo con ello que de hecho, y además por elemental prudencia mercantil, deje el comerciante de tener riquezas propias para actuar en su negocio, y especialmente para iniciarlo. Pero no nos engañemos. Esas riquezas de origen extracomercial no son el capital que como elemento económico de producción exige su em-

presa, como el fulminante que hace estallar el explosivo no es la fuerza que lanza el proyectil, sino que ésta reside en la energía latente que en la carga existe; y así del mismo modo la fuerza capitalista que el negocio comercial necesita estriba no en los bienes del comerciante, sino en los que mediante el crédito obtiene. Y si acogiéndolos al símil susodicho me dijereis que de todas suertes sin fulminante la carga no haría explosión, y que de análogo modo el comerciante necesita bienes que sean como el aguijón y punto de arranque necesario para los que mediante el crédito obtiene, os respondería que ese fulminante que provoca la explosión, esa corriente inductora que origina la inducida que mueve las máquinas, no es tanto la mayor o menor cantidad de riquezas antecedentes puestas en el negocio, como el conjunto de las cualidades de probidad, aptitud y actividad que el comerciante atesora y siembran la confianza en su negocio y le abren de par en par las anchurosas puertas del fecundo crédito. De aquí que sea ya vulgar la veracísima afirmación, elevada a la altura de fundamental apotegma mercantil, de que el crédito es el alma del comercio.

Concepto del crédito.

Por seductora que sea no he de entrar a exponer, ni siquiera concisamente, toda la doctrina del crédito porque me extralimitaría del tema de este discurso. Me ceñiré, como base del mismo, a brevísimas y fundamentales consideraciones acerca de tan importante institución.

Es el crédito, según la tesis de KNIES (1), ya generalmente aceptada, una operación de cambio, pero calificada por la circunstancia de que un intervalo de tiempo separa la prestación de la contraprestación: *Cambio con intervalo de tiempo*. Mas intervalo no meramente de hecho y como sobrevenido, sino previamente concedido, informando la relación jurídico-patrimonial, y puesto en el negocio jurídico por la confianza que al deudor se otorga de que realizará la contraprestación prometida. Si en tal operación se afecta una riqueza que sirva de garantía

(1) *Der Credit*. Berlín, 1876-1879.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

a la contraprestación ofrecida, el crédito es real; si la garantía es el indeterminado y eventual haber del deudor y, aun más en el orden mercantil, las facultades personales o de adquisición que al deudor adornan, el crédito es personal.

Y como el concepto de cambio se extiende a toda prestación recíproca, este cambio con intervalo de tiempo actúa en amplísimas esferas. Es decir, que el crédito, de suyo, es aplicable a prestaciones y contraprestaciones, tanto de dar como de hacer.

Crédito existe cuando adquirimos un billete kilométrico, pues consumamos de presente una prestación de dar por una futura contraprestación de hacer: el transporte ferroviario. Crédito existe en el abono a una serie de espectáculos o de servicios de peluquería, de baños, etcétera, que necesariamente están diferidos. Crédito existe cuando el médico, el abogado, convienen percibir de presente, o conceden cobrarla después, una suma por los servicios que han de prestar durante un lapso de tiempo, etc. Mas aunque así sea, es lo cierto que en lo que principalmente se utiliza el crédito en el comercio es en aquellas prestaciones que recíprocamente consistan en dar, hasta el punto de que autores como VIDARI (1), señalan esta circunstancia como requisito del crédito (2).

(1) *Corso di Diritto commerciale*, núm. 1980. Si bien no llega el ilustre maestro que fué de la Universidad de Pavía, al extremo de otros, que lo limitan a las solas operaciones jurídicas de préstamo y venta a plazo, limitación insostenible porque los Bancos operan con el crédito y sus operaciones pasivas de depósito y cuenta corriente no son consideradas por la doctrina como préstamo (a), sino como depósito irregular; y asimismo crédito hay en las empresas de seguros, especialmente en los seguros de sumas, y sus prestaciones y contraprestaciones económicas son de dar, empero sus operaciones jurídicas no son préstamos ni ventas a plazo.

(2) El mismo autor (ob. cit., núms. 1989 y 1995) y en nuestra patria BENITO y ENDARA (*Manual de Derecho Mercantil*, núm. 134), llaman a los títulos de crédito que se refieren a futuras prestaciones de hacer, títulos de crédito *impropiamente* dichos.

(a) A pesar de lo dispuesto en los artículos 1.768 del Cód. Civ. y 309 del de Comercio. V. GARRIGUES, *Curso*, II, págs. 270 y sigs.

*Aspecto teleológico
del crédito.*

Mas sea de ello lo que quiera, el extremo que en este cambio con intervalo de tiempo me interesa fijar, a los fines de la materia que he de exponer, es el aspecto teleológico del crédito, según el cual se dividen sus operaciones en dos grandes grupos: las de crédito lucrativo y las de crédito consuntivo, según que las riquezas obtenidas por la confianza que inspiramos se demanden para la producción, o con ánimo de consumirlas.

Operación de crédito realiza el padre de familia que recibe préstamos para atender a enfermedades de los suyos, a la dote de su hija, a reponer quebrantos económicos, a reales o ilusorias necesidades de ostentación. Pero ¡cuán diferente es tal operación de aquellas otras en que el dinero se obtiene y destina a actividades del comercio, de la industria, de la agricultura! Estas llevan en sí el nervio de la fecundidad, y la contraprestación futura parece como que va unida e incorporada a ellas, que por su asignado uso producirán las necesarias para satisfacer el débito. En cambio, aquéllas se hunden en la sima del consumo, y estando desconectadas económicamente de la prestación futura, la desamparan, y viven y mueren extrañas a ella, y los fondos necesarios para en su día satisfacerla hay que extraerlos de ajenos compartimientos, sin contrapartida de ingreso que con emparejamiento los compense.

En el comercio el crédito es, o debe ser, lucrativo (1), y por eso mismo el crédito normalmente puede y suele ser personal, no real. En cambio, los créditos de consumo parece como que llevan como nota, casi natural, el ser reales. Ejemplo: Los préstamos de los Montes de Piedad y de las casas de préstamos, la mayoría de las hipotecas ordinarias a corto plazo hechas por no comerciantes, etc.

No quiere esto decir que no los haya personales; pero muchos de éstos, por lo mismo que son personales y de consumo, es decir, sin bienes específicos afectados a las

(1) El artículo 311 del Código de Comercio exige para que el préstamo sea mercantil que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

contraprestaciones, y sin la fecundidad de la prestación presente, origen de la fundada expectativa del cumplimiento de la futura, son base apropiada y terreno abonado para la usura, lacra de todos los tiempos y todos los lugares (1).

Pero crédito personal no quiere decir abstracción absoluta del elemento real. Hay la expectativa *actual* de un bien *futuro* en quien recibe el crédito, que en el comercio tiene su cuna apropiada en el empleo lucrativo; y la consideración de esta expectativa en quien lo otorga es lo que produce su confianza o crédito (2).

Si tal expectativa, elemento esencial de esta operación de crédito se convierte en realidad y la contraprestación se consuma, la operación de crédito concluye normalmente. Si, por el contrario, la expectativa falla, la operación de crédito queda herida en su potencialidad de consumarse; y si por ello, o por otras causas, la contraprestación no puede cumplirse, se perturba el orden, y aparece la anormalidad, fundamentalmente denominada quiebra.

La quiebra: su concepto.

(1) Líbreme Dios de justificar la usura, tan execrada por la conciencia recta y tan castigada por las leyes eclesiásticas y civiles; pero quizá la aliente un fondo económico en que apoyarse y en el que ávidamente enraíza la codicia del desalmado usurero: el riesgo de la contraprestación prometida. El cual, unido al, a veces, exagerado formalismo o a trabas burocráticas que entorpecen o aplazan la obtención del crédito en instituciones de arraigo, cierra al necesitado el acceso a ellas, y le lanza a los cubiles del usurero, quien, solícito y complaciente, le atiende a cambio de condiciones onerosas que funcionan, en la asociación de riesgos que él se constituye para sus negocios, como prima del seguro de la contraprestación, prima calculada sin base científica actuarial y elevada a gran cuantía por la codicia sin límites del prestamista.

Porque es digno de notar que en el comercio, donde tantas operaciones de crédito se consuman, el fenómeno de la usura, en el sentido de abuso, como ahora se entiende, apenas por el contrario se manifiesta; hasta el punto de que el Tribunal Supremo (a) ha llegado en algún caso a afirmar, quizá —con todo respeto lo expongo— sin plena razón, que la ley de represión de usura de 23 de julio de 1908 no es aplicable a los préstamos mercantiles.

(2) V. Rocco, *Il fallimento*, núm. 1.

(a) Sents. de 21 oct. 1911, 15 feb. 1919, etc.

Porque la quiebra en su concepto económico, no en el que específicamente pueda dársele en el derecho positivo en determinado tiempo y lugar, es como dice Rocco (1), la situación de quien habiendo recibido una prestación a crédito no dispone, para la contraprestación, de valores suficientes realizables en aquel momento; o sea, estado de desequilibrio entre los valores realizables y las contraprestaciones que se han de cumplir. Y en su consecuencia, para que la quiebra exista es necesario y suficiente que el deudor se halle imposibilitado de realizar los valores necesarios para el pago de los débitos a sus vencimientos.

No es el déficit. El desequilibrio económico en que la quiebra consiste se confunde a veces, identificándolo, con el desequilibrio contable manifestado en el *déficit* del balance. De tal suerte que, según esta confusión, hay quiebra cuando el pasivo supera al activo, y no la hay en caso contrario. Mas lo erróneo de tal aserción es patente porque puede haber *déficit* sin quiebra, para convencerse de lo cual bastan ligeras consideraciones sobre el contenido de las columnas del balance.

Es el activo contable el conjunto de los valores existentes en el patrimonio de la empresa, reducidos a cifras. Pero aun guardado el más restringido criterio para determinarlas, ¿quién podría afirmar la exactitud de la valoración de los inmuebles, valores, mercaderías, mobiliario, instalación, etc.? ¿Quién fijar el matemático precio del nombre comercial, de la marca de fábrica, de la patente de invención? ¿Quién podría aseverar que aun alcanzada esa difícil meta, se conocía el valor del todo que llamamos empresa? Porque el todo es algo diferente a la suma de las partes, como un edificio no es lo mismo que el montón de sus materiales, y la valoración estática de la empresa no nos da el valor de la empresa misma como organismo económico, tal como existe, y en el cual aquellos bienes, cifrados en los libros, se fecundan con la inteligente actividad del empresario, la organización

(1) Ob. y lugar citados.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

establecida, la clientela alcanzada y reciben con ello la vitalidad que es valor que no figura, o difícilmente puede figurar con justeza, en el activo, que es engañoso por fuerza consecuentemente (1).

Y el pasivo, conjunto cifrado de las deudas, no da tampoco exacta noticia del debe, porque la cifra de lo que se ha de pagar en lo futuro, no es el valor *actual* del débito (2) y el desnivel que por no tener esto en cuenta exista en el momento del balance puede desaparecer por beneficios que se alcancen mientras el crédito llega a ser exigible, ya en el propio negocio, ya por rentas de otros bienes, etc., que no podían figurar en el activo al practicarse el inventario.

Sirve el balance perfectamente para enseñar, comparándolo con el del ejercicio anterior, si en el presente ha habido ganancias o pérdidas. Entidades de la misma naturaleza, uno y otro balance, admiten comparación, Pero no es medida apta para señalar el equilibrio o desequilibrio económico de la empresa, porque estos fenómenos en cuanto al activo, miran a la empresa en su dinamismo y desenvolvimiento y atienden no sólo a la *cantidad* de los valores, sino a su *posible realización* en el momento debido, y a su vital y fecunda organización; y en cuanto al pasivo, el equilibrio económico enfoca, no sólo la *cuantía* de las deudas, sino la *situación económica* que existirá cuando sean exigibles; y aquella expectativa de bienes futuros, por las que el crédito nace, se sostiene y alivia el peso económico de la deuda, no figura en el balance, donde el débito gravita con toda su cifrada densidad, sin contrapartida en los libros que la alivie.

(1) De aquí que se haya venido a decir que el propio activo del comerciante se integra por elementos objetivo (patrimonio neto) y subjetivo (el crédito). Mas no figurando éste, tan difícil de cifrar, como elemento adicionado a sus bienes en el balance, no se refleja en el estado contable el verdadero activo de la empresa. V. BONELLI, *Il fallimento*, núm. 3.—NAVARRINI, *La quiebra*, núm. 2.157.

(2) Extremo que también influye, aunque en sentido desfavorable, en el activo si se considera como valor *actual* de un crédito su importe en la *fecha* del vencimiento, quizá lejana.

Ello no obstante, el inventario refleja, aunque imperfectamente y hasta cierto punto, el estado económico de la empresa y puede servir de orientación, en muchos casos certera, para saber si hay equilibrio o desequilibrio económico, esto es, si hay o no quiebra. De aquí que por inducción ilegítima y salto lógico, hayan venido a identificarse los desequilibrios económico y contable.

Y esto hasta el punto de que en nuestra legislación, en afirmaciones doctrinales de nuestra Jurisprudencia (1) y aun como criterio subsciente en gran parte de la doctrina, la existencia del déficit hará calificar de quiebra la anormalidad del comerciante (2) y su inexistencia era requisito *sine qua non*, antes de 1922, para alejar la quiebra y solucionar la anormalidad, acudiendo a la suspensión de pagos. Y tanta huella han dejado estas ideas en el ambiente jurídico, que la susodicha ley, al clasificar la insolvencia en provisional y definitiva, con reglas especiales para ésta tomadas de la quiebra, atiende tan sólo a que falte o exista déficit en el balance.

Tampoco es el incumplimiento.

No es el desequilibrio contable, sino el económico, lo que constituye la quiebra, como tampoco ésta consiste, como a veces se cree, en el incumplimiento de las obligaciones; que puede haber incumplimiento sin quiebra, y quiebra con cumplimiento. Lo primero, cuando no es la falta de medios nacida del desequilibrio económico la causa del incumplimiento, sino el error, el dolo del deudor o la misma inexistencia real de la aparente obligación que se exige; lo segundo, cuando aun supuesto aquel desequilibrio económico en que la quiebra estriba, el deudor cumple sus compromisos proveyéndose de nuevos fondos para ello y enmascarando así la quiebra que ya existe, pero que contenida en la vida interna de la empresa es, por lo menos de momento, inexistente para el derecho.

(1) V. Sent. 29 dic. 1927.

(2) Aunque como *per accidens* se admita la quiebra sin déficit, por ej., cuando la suspensión de pagos con superávit se convierta en quiebra por no aprobarse el convenio.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

Porque mientras el desequilibrio no se exterioriza el derecho no interviene. Es fenómeno confinado a la vida interna del negocio que tal vez allí mismo se desvanezca. El nuevo crédito a que se recurra, con la actividad profesional que prosigue, quizá sanee la empresa. Es, en tal caso, como el desequilibrio físico que de súbito nos sobreviene, pero que repentino apoyo o esforzada reacción anula; afección patológica que sin médico ni medicinas se conjura merced a las *vis medicatrix* del organismo, como aquí la *vis medicatrix* del organismo, empresa mercantil, con el apoyo de sus medios naturales de crédito, trabajo y pericia devuelve el equilibrio perdido y esteriliza el germen patógeno que la había invadido.

El respeto a la vida interna del negocio, y más pudiendo tratarse de situación accidental sin trascendencia, veda toda intervención de la ley, que más bien sería perniciosa. El crédito mercantil no ha sufrido. La ley no tiene por qué actuar.

Mas si el desequilibrio económico se manifiesta mediante el incumplimiento de la contraprestación, queda la promesa incumplida, el crédito comercial escarnecido y un daño concreto causado.

Intervención del derecho.

La ley ha de intervenir entonces, pues ante sus ojos aparece el estado económico de quiebra, objeto de necesaria regulación jurídica.

Por eso las legislaciones estiman como condición de fondo de la quiebra la cesación de pagos y nuestro Código de Comercio dice (1) que se considera en *estado de quiebra* al comerciante *que sobresee* en el pago corriente de sus obligaciones. Punto de hecho este sobreseer el pago, difícil a veces de determinar, por lo que existen leyes, como la inglesa, más amigas de lo concreto que de lo abstracto, que no establecen principio general de cesación de pagos para que los Tribunales decidan en cada

(1) Art. 874. Más enérgicamente se expresa la ley argentina de 27 de sept. de 1933, cuyo artículo 1.º dice: Que *la cesación de pagos*, cualquiera que sea su causa determinante, y ya se trate de una o varias obligaciones comerciales, *constituye* el estado de quiebra.

proceso si dados los hechos existe o no tal cesación, sino que ellas mismas catalogan los casos que ante la ley constituyen el estado de quiebra; y hay otras, como la brasileña, que después de sentar el principio general de que se considera fallido al comerciante que sin relevante razón de derecho no paga a su vencimiento obligación mercantil líquida y cierta (1), enumera (2) casos concretos que también por precepto específico legal, caracterizan la quiebra, como proceder a liquidación precipitada, usar de medios ruinosos o fraudulentos para pagar, ausentarse sin dejar representante con recursos suficientes para el pago, ocultarse, etc.

Problema es empero muy discutido en doctrina, y aun diversamente resuelto en la legislación, el de si la quiebra ante el derecho es tal cesación o incumplimiento de las obligaciones, con base en el desequilibrio económico o impotencia patrimonial, o por el contrario lo es más bien esta misma impotencia, *una de cuyas manifestaciones es la cesación o sobreseimiento de pagos.*

Si lo primero, la cesación es requisito esencial de la quiebra o, por lo menos, condición necesaria para que la ley pueda estimarla, y sin ella no hay quiebra; si lo segundo, probada la impotencia patrimonial, cualquiera que sea el medio con que se haga y los hechos que la demuestren, la quiebra debe existir ante la ley.

La doctrina alemana y gran parte de la italiana propugna esta última solución. En cambio, la francesa sostiene la primera, que nuestro Código de Comercio establece claramente al decir en el artículo antes transcrito (3) que *se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, no considerándosele, por tanto, en dicho estado si no existe el sobreseimiento en el pago.*

Claro es que este acto del comerciante de cesar o desistir de hacer sus pagos, en lo que el sobreseimiento con-

(1) Art. 1.º de la ley de 9 de dic. de 1929.

(2) Art. 2.º ídem.

(3) Art. 874.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

siste, cuando él no lo declara, lo mismo puede presentarse ante la ley por reclamaciones de un acreedor exigiendo el pago de su crédito o probando haberse producido hechos que racionalmente implican tal cesación, como la ocultación, fuga, abandono del establecimiento, etc., y es más, sin tales peticiones, la misma ley, dada la trascendencia de la quiebra a la esfera pública, ante la notoriedad de hechos reveladores del sobreseimiento en los pagos, y que no afectando específicamente a acreedor determinado nadie viene llamado especialmente a denunciarlos, puede tener por manifestada la situación de quiebra; así ocurre en los países que como Francia, Bélgica, Chile, Uruguay, etc., admiten la quiebra de oficio, empero no en otros que, como el nuestro, se limitan en tales casos (1) a ordenar que se adopten medidas conservatorias, en espera de que los acreedores insten, encerrándose así, y en este particular, en esfera de índole privada.

Y una vez se manifieste, o se tenga por manifestado que el comerciante sobresee en el pago, ¿qué soluciones jurídicas dará la ley para este conflicto económico e incumplimiento de lo prometido?

II. PRIMERA SOLUCIÓN

Liquidación mediante el procedimiento de quiebra

Normalmente, para cuando un deudor no paga, la ley concede al acreedor acción para que pueda cobrarse por equivalente ejecutando bienes del deudor en cantidad suficiente para obtenerlo. *Características jurídicas de la quiebra.*

Pero en el caso de quiebra aparecen ante todo dos características singulares. Una, esencial, cual es que, en virtud del desequilibrio económico que la constituye, el importe de la deuda no se cubre ni aun con todo el pa-

(1) Art. 877, párrafo segundo.

trimonio del deudor, por lo que son inapropiados, por ineficaces, el secuestro y la ejecución en sólo bienes determinados. Otra naturalísima, esencial para algunos (1), la pluralidad de acreedores. Porque la quiebra, en general, no es algo súbito, sino de gestación lenta durante un período de lucha para sostener la empresa que se desvanece, conservar el prestigio que se hunde, aplazar la ruina que se vislumbra, confiando en la acción redentora del tiempo; como la muerte, de ordinario, no es algo instantáneo, sino que como heraldo siniestro tiene a la enfermedad, en la que la naturaleza pelea acongojada para recobrar el equilibrio vital perturbado. Y así los grandes maestros mercantilistas de los siglos XVI y XVII, STRACCHA y Rocco, hacían notar esta circunstancia (2), de la cual nace la concurrencia en la quiebra de la pluralidad de acreedores, apresados durante ese tiempo de lucha en las mallas del moribundo negocio mercantil.

En las antiguas constituciones jurídicas bárbaras germánicas, tal circunstancia no afectaba sensiblemente a la técnica del derecho. Dominando el espíritu individualista, el acreedor duro, diligente, cobraba por los medios ordinarios, sobre los bienes que podía; para los retrasa-

(1) El Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de marzo de 1909, parece declarar inadmisibile la quiebra de quien tiene *un solo* acreedor. No es ésta la opinión dominante. El caso, en verdad, ha de ser muy singular, y más bien aparente. Quien debe más de lo que tiene, ¿lo deberá a *uno sólo*? Esto será, si acaso, porque pagará a los demás en perjuicio de aquél, y en el fondo hay pluralidad de acreedores. Y para remediar este trato desigual y que mediante la retroacción aparezcan los otros acreedores, está la quiebra. Hay legislaciones, como la de Argentina (art. 57 de la ley de 27 de septiembre de 1933); Chile art. 1.342), que de modo expreso admiten la quiebra con un *solo* acreedor. En la generalidad de los países, aunque la ley no lo consigne, de hecho se sigue el mismo criterio. No hay que olvidar, por otra parte, que de la quiebra nacen otros efectos además de que los acreedores puedan cobrar.

(2) *Decoctor*, como se llamaba al quebrado, viene de *decoquere*, que a su vez procede de *coquere*, cocer. Y STRACCHA decía: «Decoctor a decocto verbo descendit, quod, *paulatim* diminuere significat, et coquendo absumere. Unde decoctores, conturbatores et bonorum consumptores dicuntur, quos recentiores juriscunsulti fallitos et cesantes vocant.» Y Rocco: «Decoctor est qui substantiam suam consumit, sicut ignis *paulatim* coquendo diminit.»

dos, ausentes, ignorantes o menos rígidos en su proceder, las migajas del festín, si las había.

Pero nosotros, los latinos, con una mayor sensibilidad del espíritu de equidad y justicia, no podíamos tolerar ese irritante privilegio para el acreedor desconsiderado y riguroso, premio a la carrera de persecución del deudor, sino que, valorando cualitativamente iguales los derechos de todos los acreedores, todos debían ser, salvo privilegios y excepciones fundadas, igualmente atendidos en sus intereses, y para ello se estableció como norma fundamental el principio de la «*par conditio omnium creditorum*».

De estas dos características de la quiebra deriva la formación de dos masas: una, de *todos* los bienes; otra, de *todos* los acreedores, rasgos típicos de la quiebra, construída jurídicamente mediante técnica utilizada por la ley, sirviéndose y apoyándose en procedimientos romanos, que Roma es siempre maestra en el tecnicismo jurídico (1).

Era en Roma la obligación más que vínculo, mirando al patrimonio vínculo esencialmente personal (2). Derecho a una acción, y como dice SHOM, derecho a una acción *libre del obligado*, pues sólo la acción *del obligado* realiza el derecho del acreedor.

Orígenes romanos.

Y el espíritu que informaba el procedimiento romano, en cuanto al derecho del acreedor frente al deudor que incumple, era concederle, sí, medios para que la prestación se realizase, pero *por obra del mismo deudor*. No ya que se consiguiese el equilibrio patrimonial mediante el cobro por equivalente, sino que lo cumpliera el deudor mismo, pues a eso él se obligó.

De aquí todos aquellos apremios para coaccionar la voluntad del deudor, de que es ejemplo culminante la terrible *manus injectio*, que aun atenuada en su crueldad

(1) V. sobre esta materia Rocco, *Il fallimento*. Turín, 1917.

(2) Y en su principio, más que vínculo, un poder sobre la misma persona.—V. DE DIEGO, *Transmisión de las obligaciones*. Madrid, 1912.

por la *lex Poetelia* del v siglo de Roma, continuaba en su primera finalidad de obrar sobre el deudor coaccionando así su voluntad para que pagase.

Pero la *manus injectio* no podía existir sin la aprehensión del deudor; y a mayor abundamiento el proceso romano, tanto en su fase de las *legis actiones* como en la del formulario, requería la presencia de las dos partes, por lo que, ocultado o huído el deudor, eran medios ineficaces para que éste cumpliera, a cuya dificultad atendió el Pretor aplicando la institución de la *missio in possessionem*, detentación de *todo* el patrimonio del deudor contra «qui fraudationis causa latitat» (1), con el fin de ejercer también con ella coacción sobre la voluntad del deudor para que *éste* cumpliera, si bien no se actuaba con este medio sobre su persona física, sino contra su personalidad económica que la representaba.

Mas la *missio in possessionem*, que en su noción más simple no implica más que una detentación material (*in possessionem esse*, en oposición a *possessionem habere* (2), podía de hecho ser estéril en su finalidad de mover la voluntad del deudor; y como de suyo no consentía una posterior actuación para la efectividad de la deuda, quedaba frustrada la institución sin un complemento que le diese eficacia. Y el propio Pretor, cuando le fueron robustecidas sus facultades por la ley Aebutia, proporcionó el remedio, introduciendo una sucesión universal, a semejanza de la que se verificaba en caso de muerte, fingiendo la del deudor y confiando a la persona que adquiriese todo el patrimonio de éste la calidad de sucesor universal, continuador de su persona.

Lo cual se verificaba mediante la *venditio bonorum*,

(1) Téngase, sin embargo, en cuenta que la *manus injectio* se daba también contra el *confessus* o *judicatus*; así, la *missio in possessionem* también se daba contra ellos, y no sólo contra el *indefensus*.

VIVANTE, en su conferencia sobre «Il fallimento civile» (ap. al tomo I del *Trattato di diritto commerciale*), dice que en cinco casos concedía el Pretor la *missio*: si el deudor se escondía, si se ausentaba, si cedía todos sus bienes a los acreedores, si no cumplía una condena, si su herencia había sido abandonada.

(2) GIRARD, *Man. elemnt. de droit romain*, 4.^a edic., págs. 1.037-38.

tras de haberse hecho pública la *missio* con la *proscriptio*, que permitía a los acreedores participar en ella y al deudor presentarse, y tras una convocatoria de los acreedores para que nombrasen un *magister* que gestionase la *venditio*. Venta ésta de todo el patrimonio, con su activo y pasivo, al adquirente constituido en sucesor *in universum jus* del deudor, y que, como es lógico, sólo accedería a la compra si no le era desventajosa. Por lo cual, en el caso posible y frecuente de que el pasivo excediese del activo, se indicaba en la *lex venditionis* la renuncia de los acreedores a exigirle una parte de sus créditos que venían así a satisfacerse sólo en un tanto por ciento. Rasgo propio hoy de la quiebra, con referencia a la cual se dice corrientemente que se cobra en moneda de dividendo.

Tal construcción de que fuera el mismo deudor por acción voluntaria, aunque por medio de su sucesor universal, quien pagase, y que producía la intervención de un especulador, el *bonorum emptor*, que compraba el patrimonio en bloque, probablemente para irlo revendiendo gananciosamente al pormenor, fué paulatinamente reemplazada por otro procedimiento que, indicado por un senado-consulta de los primeros tiempos del Imperio, hirió de muerte el principio fundamental romano del cumplimiento de las obligaciones por obra del mismo deudor, generalizándose el cobro por equivalente.

Me refiero a la *bonorum distractio*. Pues como la *bonorum venditio* implicase ficción de muerte del deudor e *infamia* para éste, con el fin de evitársela a los investidos de la dignidad senatorial, permitía dicho senado-consulta que, *con el consentimiento de los acreedores*, se detuviese en su primera fase el procedimiento que iniciaba la *missio in possessionem*, y que una vez realizada ésta, en vez de proseguir aquél nombrándose un *magister* para la venta en bloque, se pudiese encargar al *curator*, a quien competía la administración de los bienes, la venta de éstos al por menor (*bonorum distractio*), institución que de tal modo suplantó a la *bonorum venditio*

que como recuerdo nos habla de ésta Justiniano (1).

Pero los rasgos de traba de *todo* el patrimonio y de la agrupación de los acreedores, que la actual institución de la quiebra ha recogido, persistían en la *bonorum distractio*, porque, como dice GIRARD (2), ésta no suprime más que el término del sistema de ejecución; respeta el comienzo del mismo.

Derecho estatutario y español.

Estas instituciones romanas son las que el derecho estatutario italiano, germen del Derecho mercantil como rama autónoma, de gran vitalidad cuando los estudios romanísticos en los siglos XII al XIV florecían en Italia, tomó como base para regular la quiebra de los comerciantes. Y la construcción jurídica que el derecho italiano dió se fué generalizando por toda Europa. Por ello, con razón se afirma que la quiebra es de institución de origen romano, si bien perfilada y completada por el derecho estatutario italiano. Mas no puede prescindirse, y mucho menos por nosotros los españoles, de la influencia que ejerció en esta institución el ilustre coruñés fallecido en 1644, D. Francisco Salgado de Somoza, «espíritu sublime», según el padre Feijóo, quien escribió la primera obra verdaderamente científica sobre la quiebra, su monumental «*Labyrinthus creditorum*», que «a poco de publicarse se introdujo en Alemania, y allí en los siglos XVII y XVIII y primera mitad del XIX, dominó absolutamente en la literatura jurídica y en la legislación (3). Obra que sistematizó técnicamente la institución, resolviendo arduas cuestiones y llenando lagunas, y le dió un mayor tinte de carácter público, frente al preponderantemente privado que, tal vez por el influjo romano, venía secularmente teniendo. Obra trascendental y gloriosa de España y que no puede olvidarse cuando se estudia la construcción de la quiebra (4).

(1) Lib. 4, Inst. 3, 12.

(2) Ob. cit., pág. 1.042.

(3) ALVAREZ DEL MANZANO, *Curso de Dro. Merc.* Madrid, 1903, página 444.

(4) Es de lamentar que autores extranjeros tan respetables, y

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

Y esta regulación jurídica de la quiebra sobre sillares romanos, existe hoy en todos los países como la solución jurídica más natural del estado anormal del comerciante (1) que se ve imposibilitado de cumplir sus obligaciones.

Pero bien se ve que esta formación de masas, esencial en la quiebra, con el consiguiente efecto de retroacción o período sospechoso, altera el orden jurídico ordinario y menoscaba derechos que se creían firmes, y lo serían de no hacer la quiebra, con un régimen especial, su entrada en el campo jurídico.

La quiebra como estado legal.

Quien contrató con el quebrado en tiempos luego alcanzados por la retroacción, con vínculo perfecto, consumado, y a su entender, y según las normas generales del derecho, irrevocable, y que así lo sería de no sobrevenir la quiebra, ve por ella alterada hondamente su situación de derecho y perjudicados sus intereses patrimoniales, por haber contratado con un incapaz, como quebrado que era, y el negocio era nulo, en consecuencia. Los múltiples créditos al comerciante concedidos y que habían surgido autónomos, se ven encadenados a otros, pero de ajena y desconocida procedencia, en virtud de la formación de la masa que la quiebra origina, y no puede ya el acreedor, *dominus negotii*, conservar su privativo señorío, pues pasa a ser miembro de un grupo y sometido

por mí admirados, como Rocco, juzguen despectivamente la obra de Salgado de Somoza (V. *Il fallimento*, núm. 78). Menos mal que, como contrapartida, tenemos autores tan eminentes como KHOLER, que la ensalzan con entusiasmo y afirman que los principios italianos de la quiebra fueron profundamente modificados por obra de la cultura española, especialmente por la de Salgado de Somoza.

(1) No es mi ánimo, al referirme al comerciante, terciar en el debate de si la quiebra debe ser institución exclusiva de ellos o ampliarse también para los que no lo son. Las legislaciones discrepan, así como la doctrina. En nuestra patria es sólo para comerciantes. Los demás se rigen por institución análoga: el concurso de acreedores. En otros muchos países, ni institución análoga existe para los no comerciantes. Tratándose en este discurso de las soluciones de la situación anormal del comerciante, hablo, como una de ellas, de la que se ha considerado típica para el comercio, de la quiebra, sin entrar a examinar si también debe serlo para el no comerciante.

do a la voluntad de la mayoría, habiendo de soportar injerencias extrañas en lo que estimaba coto cerrado en su provecho.

El deudor que, según orden general del derecho, aun no pagando sus deudas y aun reclamándose judicialmente goza de libertad, administra sus bienes, puede estar en juicio, contratar libremente, pues su capacidad permanece íntegra, al incurrir en la quiebra debe ser arrestado, desposeído de sus bienes, privado de la legitimación procesal, de la capacidad de contratar y de ser comerciante, sufrir interdicciones de orden público, y aunque conserve muchos derechos, como los familiares y de propiedad de sus bienes, es tal el abismo jurídico y social en que se hunde que su situación recuerda la muerte civil.

Todas estas alteraciones del régimen ordinario del derecho, que tantos intereses lesionan y tan hondamente transforman el orden jurídico de que gozaban múltiples personas, no son admisibles en una vida de Derecho, sin la actuación del Poder público que, declarando la existencia de un estado excepcional de hecho que lo hace necesario, decreta que un régimen jurídico especial sustituye al ordinario que venía imperando. Porque, como dice THALLER (1), aunque la quiebra exista en virtud de la cesión de pagos, no es sino su declaración judicial lo que vivifica este régimen y lo hace entrar prácticamente en aplicación, y hay Códigos, como el portugués (2), que expresan que para estimar la presunción de quiebra en el comerciante que cesa en sus pagos, debe ser judicialmente declarada.

Este es el problema de si existen o no dos quiebras: la de hecho, o virtual, antes de la declaración de tal estado por el juez, y la de derecho, una vez declarada. Que el estado económico de quiebra exista antes de la declaración, y que entre en el terreno de la jurisdicción del derecho al manifestarse, no cabe dudarlo. Pero lo que

(1) *Manuel elementaire de droit commercial*, núm. 1.715.

(2) Art. 692.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

se discute es si antes de esa declaración judicial puede apreciarse su existencia virtual, o como de hecho, por los Tribunales, para aplicar las reglas y efectos jurídicos propios de la quiebra, al caso justiciable (1).

En España sólo hay una quiebra: la de derecho. Los efectos jurídicos de la quiebra no pueden estimarse ni aplicarse a los casos litigiosos sin previa declaración. Con referencia al aspecto más grave, el efecto penal, lo establece terminantemente el Código (2).

Y nuestro Tribunal Supremo ha podido con toda razón decir (3) que la quiebra es un estado de derecho y de hecho material y *legal*, con lo que ha venido a afirmar que la declaración por el Poder público es elemento sin el cual propiamente no puede surtir la quiebra sus propios efectos jurídicos.

Media, por tanto, siempre un lapso de tiempo, mayor o menor, desde que la quiebra surge con el desequilibrio económico, hasta que tiene estado legal con la declaración que de ella haga el Juez y puedan aplicarse sus efectos jurídicos. *El efecto retroactivo.*

Pero éstos tienen su razón de ser y exigencia en el supuesto económico, que existe, no ya desde que se le reconoce por la declaración judicial, ni aun desde que se manifiesta por la cesación de los pagos, sino desde que en la vida de la empresa se produjo el desequilibrio no vencido, y por tanto es lógico que desde este primer momento sea regido el hecho económico según las normas especiales que su naturaleza de quiebra demanda, que, como decía CASAREGIS, «inter decoctum et esse proximum decoctioni, in jure nulla adest differentia, nulla intercedit inter eos distinctio».

Para armonizar estas excluyentes exigencias, a saber: el estado de quiebra no existe hasta su declaración; la quiebra debe quedar sometida a su propio régimen desde

(1) Problema que apasiona en Francia, donde la Jurisprudencia admite la quiebra de hecho, y la doctrina la rechaza.

(2) Art. 896.

(3) Sent. de 9 de junio de 1932.

su origen, utiliza la ley el remedio técnico del efecto retroactivo, en cuya virtud estima que el estado legal de quiebra existe con todas sus consecuencias no desde que se pronuncia, sino desde la fecha de la cesación de pagos; fecha que ha de fijar el juez. Y al hacerlo atenderá lógicamente, no ya a su pública manifestación por el incumplimiento de las obligaciones, sino a cuando realmente se produjo por el desequilibrio económico entre los valores realizables y las prestaciones a cumplir (1). Que dueño ya el Juez de la documentación del comerciante cuyo secreto, y cuya necesidad de secreto, ha desaparecido, puede conocer cuándo surgió con el desequilibrio la quiebra, no apreciándolo si a este desequilibrio sólo por medios honestos de utilización correcta del crédito atendía el comerciante para el cumplimiento de las obligaciones (que, después de todo, el crédito también puede estimarse como valor realizable), y por tanto no había sino *aparente* desequilibrio; pero teniéndolo como existente, aunque se hubiese enmascarado con el cumplimiento de las obligaciones, si lo hizo mediante fondos obtenidos, recurriendo al abuso del crédito o a medios fraudulentos (2).

Y he aquí cómo esas distintas etapas de la génesis de la quiebra hasta llegar al estado legal, a saber: desequilibrio económico, su manifestación y su declaración judicial, que parecían estados sucesivos, cada uno con su propio régimen, al culminar en la declaración judicial son reunidas por ésta como en un haz, infundiéndoles su propia savia, para que desde el principio estén sometidas a los efectos jurídicos que sólo al término nacen. Y es que la declaración no es elemento esencial de la quiebra, sino, antes bien, una condición para que pueda aplicarse su régimen al estado real que ella declara, y a semejanza de las condiciones puestas en los negocios jurídicos opera no *ex nunc*, sino *ex tunc*.

Este es el fenómeno de la retroacción de la quiebra

-
- (1) Acerca de ello hay, empero, discrepancias en la doctrina.
 (2) V. PERCERON, *Des faillites et banqueroutes*, núm. 181 y sigs.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

en su fundamento y en su regulación rígida, a la cual se aproxima nuestro Código cuando dice que todos los actos (del quebrado) de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos (1).

Pero fácilmente comprenderéis que, aparte de las dificultades de conducta que se presentan a la vista de complejas situaciones de hecho consumadas, casi imposible de ser deshechas totalmente, surgirían, de llevar a sus últimos límites el principio de retroacción, graves peligros para el mismo crédito comercial que con la institución de la quiebra quiere protegerse, ya que por el riesgo de operar en periodo real, pero desconocido, de quiebra de quien solicita el crédito, se vería dificultada o negada su concesión, y el comercio, herido de muerte.

Por estas y otras razones, bien fijando un máximum al plazo de retroacción, bien limitando los hechos que por ella puedan ser afectados, el periodo sospechoso y de retroacción es organizado de distinto modo, y con más o menos rigor por las diferentes legislaciones (2).

Mas no se juzgue que esta no aplicación rigurosa del efecto de retroacción es fenómeno extraño o peculiar de la quiebra, que el mismo derecho común, después de sentar el principio absoluto de la retroacción en el cumplimiento de las condiciones, se ve en la necesidad de dejar su aplicación muchas veces al arbitrio de los Tribunales (3).

De todo lo expuesto se deduce que la solución que la ley organiza ante la situación anormal del comerciante,

(1) Art. 878.

(2) Las Cámaras de Comercio de Francia pidieron que se limitase el poder de los Tribunales en cuanto a poder alejar indefinidamente la fecha de cesación de pagos.

Hay legislaciones que fijan el período de retroacción, como Uruguay, que lo limita a un año; Bélgica, a seis meses; Brasil, a 40 días.

El Tribunal Supremo dijo en sentencia de 2 de julio de 1874 que los efectos de la quiebra no pueden extenderse a actos y contratos celebrados con mucha anterioridad; pero nuestro derecho no ha fijado plazo máximo todavía.

(3) Art. 1.120, párrafo 2.º del Código civil.

la solución tipo, la clásica, no es en el fondo sino la que establece ante todo deudor que no cumple: que se satisfaga rígidamente el crédito obrando coactivamente sobre el valor del patrimonio. Toda la cohorte de formación de masas, retroacción, graduación de los créditos, etc., no es sino aportación de medios para que aquella satisfacción coactiva se logre según reglas de equidad y justicia. La organización legal de la quiebra tiene por fin la rigorista liquidación de los débitos, mediante la liquidación del patrimonio del deudor, hasta donde éste alcance. La extinción de la obligación por el medio ordinario, natural, lógico, pagando lo debido y en cuanto lo permiten las actuaciones legales cuando es debido.

III. SEGUNDA SOLUCIÓN

El concordato en el procedimiento de quiebra

Razón del concordato.

Pero además del pago total y en la época debida, el derecho admite otros medios de extinción de las obligaciones, tales como la remisión, novación, mutuo disenso, etc., y el modificarlas en su cumplimiento mediante nuevos convenios; facilita con la transacción, la solución amistosa, y hasta parece que el legislador, en el orden común, desea tales soluciones al imponer como trámite previo a la litis, en la generalidad de los juicios, el acto de conciliación.

Estos medios jurídicos del régimen ordinario no están prohibidos al comerciante que se halla en situación anormal. Puede servirse de ellos sometándose a las reglas generales del derecho. Pero esto antes de ser declarado en quiebra. Porque después de esta declaración ni puede ya disponer de sus bienes, dada la desposesión que sufre y la incapacidad en que incurre, ni los acreedores *uti singuli* son dueños de su negocio jurídico para poderlo

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

alterar (1), en virtud de la formación de la masa. Y modificadas así las condiciones, tanto de una de las partes como de la otra, las reglas generales del derecho no pueden aplicarse, porque los supuestos de hecho son distintos.

Pero ningún principio prohíbe que, enfrentados deudor por una parte y la masa de acreedores por otra, puedan utilizar, en lo que quepa, los medios técnicos que el Derecho tiene en cuanto a la modificación o extinción de obligaciones; si bien, dada la especialidad del caso, ha tenido la ley que establecer normas también especiales, y las ha estatuido regulando lo que se llama convenio o concordato.

Quizás sean precedentes romanos de este convenio en cuanto a su contenido dilatorio la disposición de Justiniano (2) estableciendo por razones de humanidad que si, ante un deudor que quería ceder sus bienes, la mayoría de los acreedores le otorgaba un plazo (*quinquennio dilatio*) fuese acordada la dilación respecto a todas sus deudas; y en cuanto al remisario, el *pactum ut minus solvatur*, por el que el llamado a una herencia convenía con los acreedores hereditarios la reducción de sus créditos, consentida por el Derecho para mover, en unos siglos en que el beneficio de inventario era desconocido, a que adiese la herencia y se evitase la *bonorum venditio* y la consiguiente infamia del difunto. Pacto este último que llegó a ser vinculatorio no sólo para los acreedores que lo consentían, sino para los ausentes y para los discrepantes, si bien en estos casos era necesaria la interposición de la autoridad del Pretor (3).

Origen y naturaleza.

Introducida de tal suerte, contra los principios gene-

(1) En esta alteración no quiero comprender la *pura* liberación.

(2) L. 8. C. qui boni cedere possunt, VII, 71.

(3) Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum, et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint; si vero dissentiant, tunc Praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem. L. 7, parr. 19, De Pactis, D. 2, 14.

rales, la institución del *pacto de mayoría* que a la minoría ligaba, el derecho estatutario italiano, probablemente ante el rigorismo y cruel penalidad que la quiebra infligía al quebrado, lo aplicó a ella, disciplinándolo. Y tal institución del pacto por mayoría fué extendiéndose a todos los países, y lo vemos en las ferias de Lyon y aun tal vez antes en las de Champagne (1) y nuestro rey sabio, en las leyes 5 y 6 del Tit. XV de la Partida V, lo admite como vinculatorio, diciendo que «si por aventura fuese des-acuerdo entre ellos (los acreedores), queriendo los unos (la mayor parte) quitarle alguna cosa, e los otros non, aquello debe valer e ser guardado»; y en las legislaciones modernas figura como una de las soluciones del estado anormal del comerciante.

Concordato, según dicen muchas legislaciones; *convenio*, como se llama en la nuestra, con características especiales, pues es *solemne*, ya que precisan formalidades que afectan a su validez; es de *mayoría* o *masa*, y, por tanto, *forzoso* para los que no consienten; *judicial*, cuando menos en el sentido de que judicialmente se tramita y necesita la aprobación del Juez (2), y el *único* a que pueden recurrir acreedores y deudor una vez declarada la quiebra, si bien antes de ella, como reconoce el Tribunal Supremo (3), puedan celebrar convenios amistosos extrajudiciales (4) sometidos a las reglas de derecho común.

Su contenido es indeterminado. Tanto puede referirse a dilación en el pago como a rebaja del débito, sin que en general las leyes, entre ellas la nuestra, pongan límite alguno. Deudor y acreedores acordarán lo que vieren convenirles.

Ventajas Que el concordato sea solución ventajosa de la anormalidad del comerciante, no hay quien pueda dudarlo.

(1) Vid. THALLER, ob. cit., núm. 2.067.

(2) Gran discusión existe sobre si el concordato es un contrato o un acto judicial. V. PERCEROU, ob. cit., núm. 1.286 y sigs. Prescindiendo de entrar en esta discusión, no exigida por el tema del discurso.

(3) Sent. 20 marzo 1889.

(4) El convenio amistoso judicial no lo conoce nuestra legislación, por lo menos en la quiebra.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

El deudor ve libres de la ejecución sus bienes y aliviarse su pesadilla de la quiebra, y puede seguir al frente de sus negocios de hecho y hasta cierto punto de derecho (1), consiguiendo con ello o con otras actividades a que, más fácilmente que estando quebrado, pueda dedicarse un mayor volumen de ingresos. Los acreedores saldrán beneficiados (2) en sus intereses por un triple motivo: evitando gastos judiciales que la masa de bienes hubiere de sufragar, eliminando el menoscabo del valor del activo que la liquidación lleva consigo, y aumentando los recursos del deudor y, por tanto, la facilidad e incremento de lo que podrán cobrar en virtud de la mayor riqueza del quebrado por su actuación mercantil. La sociedad en general, la economía de la nación, sale también ventajosa, porque no se extingue una fuente de riqueza: la empresa sometida a la quiebra, la cual, como dice VIVANTE (3), se ve libre de ser dispersa en la nada de la liquidación y se convierte en centro fecundo de nueva actividad económica (4).

Y sin embargo, es opinión muy corriente mirar el concordato como institución establecida en *beneficio* del deudor, a quien la *compasión* de los acreedores se lo otorgan. Buscad, empero, en los repliegues de la conciencia la compasión de quienes han pedido la quiebra gritando como Pantalón, el de los *Intereses creados* de BENAVENTE: ¡mi dinero! ¡mi dinero! Escudriñad y ved si el impulso para convenirse lo da el corazón o su vecino el bolsillo, y si acaso fuese lo primero, al recordar los daños infligidos al deudor con la petición de quiebra, quizá tras la compasión que se pondera aparezca ante vuestros ojos la vis-

No es un beneficio del deudor.

(1) De derecho y plenamente no lo conseguirá hasta la rehabilitación, y parcialmente si los acreedores lo consienten en forma. Véase artículo 13, núm. 1, del Código de Comercio.

(2) La sabiduría popular expresa lo beneficioso de un convenio con el conocido refrán «Más vale un mal arreglo que un buen pleito.»

(3) *Il fallimento civile.*

(4) La exposición de motivos del Código de Comercio dice: «Atendida la *gran utilidad* que reportan al quebrado y a sus acreedores los convenios equitativos y justos que ponen término a los procedimientos, *siempre costosos y complicados*, del juicio de quiebra...»

lumbre de Don Juan de Robres, fundador del hospital para los pobres que antes hizo.

Más veraz, práctica y maquiavélicamente, como más conocedor del corazón humano y de los comerciantes, decía melifluamente STRACCHA: «*Melius est pauca dividere quam totum perdere* (1), y este *melius* evidencia cómo el convenio es un beneficio para los acreedores.

Desde otro aspecto menos sentimental y más jurídico se examina el que el convenio sea un beneficio para el deudor: desde el punto de vista de determinar, pues es un beneficio, a qué deudores podrá ser concedido, o como se dice, qué deudores son *merecedores* de él.

Y tomando como base que la facultad de convenir es como un don que se otorga, una especie de indulto para el deudor de buena conducta (2) o, como se dice, que es merecedor de él, se restringe la concesión negándola a los quebrados fradulentos (3), y aun a veces también a los culpables (4).

No veo, con sinceridad y con temor de errar lo digo

(1) Vid. THALLER, ob. cit., núm. 2.067.

(2) PARDESUS, *Cours de droit commercial*, 1.^a ed. París, 1814, tomo V, pág. 281, declara: «Le concordat étant considéré, comme une faveur accordée au failli de bonne foi...»

GONZÁLEZ HUEBRA (ob. cit., pág. 205) dice del convenio en la quiebra que el quebrado reclama con él *a su favor* la atención de la ley «y la consideración e indulgencia de los demás», y por nota, que ello proporciona a los acreedores la ventaja de cobrar con menos gasto, «mostrándose al mismo tiempo *compasivos e indulgentes* con sus compañeros desgraciados».

BLANCO CONSTANS (ob. cit., tomo I, pág. 787) dice al justificar el convenio, que los comerciantes constituidos en quiebra de buena fe «llevan el ánimo de los acreedores a la *compasión e indulgencia*».

El nombre de *remisorio*, dado al convenio con rebaja de créditos, obedece a la misma idea, pues *remisorio*, según el Diccionario, significa lo que tiene virtud o facultad de remitir o *perdonar*.

También parece que envuelve en cierto modo este concepto la opinión, muy corriente en la doctrina, de negarle la naturaleza de transacción.

(3) Art. 898 Código de Comercio.

(4) El Código francés, antes de la reforma de 1838 sobre las quiebras, lo prohibía también a los culpables. La opinión del ilustre mercantilista BLANCO CONSTANS, *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, 3.^a ed., t. I, pág. 788, de que, según el criterio del legislador, la prohibición debe extenderse a los quebrados culpables sometidos a procedimiento, mientras no sean absueltos, no la juzgamos acertada.

dada la generalidad de la opinión contraria presentada muchas veces casi como axioma, relación lógica entre la mayor o menor culpabilidad del quebrado y su imposibilidad de convenirse con sus acreedores.

Esta facultad nace del orden jurídico general, como antes se ha visto. No es algo *que se da* al deudor, sino algo *que no se quita*. A no ser que se parta del supuesto de que con la misma quiebra la ha perdido, lo cual, a mi modo de ver, no es exacto, porque las limitaciones que en el orden privado la quiebra produce, lo son en razón y mirando al bien de los acreedores, y el convenio precisamente se realiza, no con terceros, sino con los acreedores mismos, que son, en principio, y salvo casos excepcionales, los mejores conocedores de sus intereses y sus más celosos guardianes.

Y siendo esto así, se necesita una razón suficientemente convincente, que no he visto, para *privar* al quebrado de una facultad que de derecho posee, no ya de un motivo para abrir brecha en lo que, según la hipótesis contraria, se le había cerrado.

Y tal razón no existe, a mi entender. La culpabilidad del quebrado tiene su correlativo en la sanción penal. Su falta de probidad o pericia, en lo social. La tutela del crédito mercantil, en la prohibición de comerciar mientras no sea rehabilitado. ¿Qué razón hay para prohibirle el convenio? ¿Por qué no permitirle, mediante él, entrar en la posesión de sus bienes y utilizarlos para actividades industriales, agrícolas —y prescindo de momento de las mercantiles—, o explotándolos más fructuosamente que no con la administración en que se hallan, y hasta venderlos (con todas las garantías que los acreedores hayan establecido) en condiciones más provechosas que no por la liquidación de la quiebra, en que, como dice VIVANTE, desaparecen en la nada? ¿No es evidente que convenido el deudor, con rebaja de su deuda, como es probable, su esperanza y deseo de cumplir estimularían su energía productora y aumentarían su activo en bien suyo, de los acreedores y de la misma economía general, sacándole de aquella inercia o desesperación en que la imposibili-

dad de salir de su triste estado le había sumido? Suprimid el convenio que puede salvar y dar alas a la esperanza, y decís al quebrado aquella terrible leyenda que nos relata DANTE:

*Per me si va nella città dolente
Per me si va nell'eternal dolore
Per me si va tra la perduta gente
Lasciate ogni speranza voi ch'entrate.*

Sí. El deudor ha de dejar toda esperanza; pero también los acreedores, que con la quiebra le han llevado a la *cittá dolente* y al *eternal dolore*, habrán de dejar también de cobrar mucho de lo que podrían hacerlo por el convenio.

Porque yo no sé si será pura fantasía o tendrá base en la realidad lo que a veces me imagino, y es que las actuaciones del procedimiento de quiebra, para formar la masa del activo, eliminando lo que no es del quebrado y aportando lo que indebidamente salió de su poder, convocando a los acreedores y examinando y reconociendo sus créditos, celebrando juntas, publicando edictos, remunerando administradores, sufragando costas, etcétera, se me presentan como minuciosa labor de búsqueda de aceite derramado por el suelo de una almazara y sus contigüidades, para reunirlo gota a gota y aportarlo a su dueño; pero que necesitándose luz para tan cuidadosa operación, las lámparas que la dan nutren sus torcidas del mismo aceite esparcido por el suelo. Y son tan laboriosas las operaciones de recogerlo en su mayor pureza y sin que se olvide lo más mínimo, que, cuando terminan, la lámpara lo ha consumido de tal modo que apenas queda alguna exigua cantidad que entregar. Si es que antes no se ha paralizado la labor, ante la obscuridad sobrevenida por haberse consumido totalmente el aceite derramado, alumbrando el *esmerado* trabajo de recogerlo para su dueño (1).

(1) Entre los modos de terminar la quiebra que estudian los autores, sabido es que figura el del cierre de la misma por insuficien-

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

Y no se detienen en los particulares patrimonios de acreedores y deudor los daños de esta privación de convenir, sino que pueden trascender al interés social por la disminución de la general riqueza, dada la menor que el deudor produce si el convenio no se concierta, y por la mayor lesión que el crédito mercantil padece cuando los concedidos por los acreedores sufren menoscabo al no poder celebrar el convenio.

Y ante los evidentes daños que se originan, y su mera posibilidad bastaría para que la ley no les abriese la puerta, ¿qué motivo se nos presenta para cerrar la salida que libraría de ellos?

No lo será el que el quebrado es un delincuente, porque la delincuencia tiene su condigno castigo penal en el Código de este nombre, y no puede la ley oculta e indirectamente aumentarlo, y además, dándole tal extensión al castigo, envuelve en él a los acreedores, que se ven privados del *también derecho suyo* de convenirse y lesiona hondamente sus intereses.

¿Será la indignidad del quebrado fraudulento para ejercer el comercio? ¡Pero si no se trata de eso! ¡Si el convenio, de suyo, en derecho español, no rehabilita al quebrado, ni aun le coloca al frente de su negocio, a no ser que los acreedores expresamente lo consientan, entendiéndose limitada su habilitación a lo convenido! (1).

Mas si tal fuese la razón, bastaría con prohibir que en el convenio se consignase tal facultad de seguir al frente del negocio, empero no prohibir *todo* convenio.

Y dejando a un lado la consideración de que no todos los casos de quiebra fraudulenta que nuestra ley consigna implican *socialmente* (2) indignidad, estimarlos como

cia del activo para proseguirla. Sólo siendo el activo muy cuantioso puede atender a los gastos, pero quedando menos haber líquido percibirán menos los acreedores. La institución de las pequeñas quiebras no está regulada en España.

(1) Art. 13 del Código de Comercio, núm. 2.

(2) Dígasenos qué *indignidad* supone no haber llevado libros (artículo 890, núm. 2.º) o no poderse deducir de ellos la verdadera situación del comerciante (art. 891), o que el mediador del comercio haga por su cuenta alguna operación de tráfico o giro (art. 892), etc.



tacha legal *absoluta y permanente* para ejercer el comercio es aplicar doctrinas antiguas llamadas a desaparecer.

Las leyes modernas sobre rehabilitación del quebrado (1) tienden a dulcificar la situación, aun de los fraudulentos, facilitando su rehabilitación, absoluta y perpetuamente prohibida por leyes anteriores y por códigos como el nuestro (2); y hasta una ley, la francesa de 5 de agosto de 1916, modificada por la de 16 de marzo de 1919, permitió que el quebrado, *aun condenado por bancarrota*, obtuviese la rehabilitación, sin más requisito que, llamado a filas durante la anterior guerra europea, hubiese realizado una acción brillante citada en la orden del día (3).

Si, pues, se tiende a que la fraudulencia (aparte de su castigo criminal, que éste no es el problema) vaya dejando de ser considerada, no ya como tacha indeleble, sino como ni tacha muy duradera que impida el ejercicio del comercio, ¿por qué estimarla como obstáculo insuperable para lo que muchas veces puede desearse: un convenio que solucione en el orden económico la situación anormal del comerciante, v. gr., traspasando el establecimiento?

Porque es de notar que nuestro Código no *menciona* la posibilidad de este contenido del convenio sino en el artículo 928, y eso ciñéndolo a las sociedades *anónimas*, ante lo cual la ley de suspensión de pagos de 1922, de que luego hablaré, se ha creído en la necesidad de declarar explícitamente que el convenio en la insolvencia definitiva, que tanto se equipara a la quiebra, y llega a ser fraudulenta, puede tener por objeto el traspaso del establecimiento. Y la ley referida se aplica a *todos* los comerciantes individuales y sociales, salvo las sociedades del artículo 930 del Código.

(1) Leyes francesas de 30 de dicbre. de 1903 y 23 marzo de 1908; ley de quiebras del Brasil de 9 de dicbre. 1929; ley de quiebras de Argentina de 27 sep. 1933, etc.

(2) Los quebrados fraudulentos *no podrán* ser rehabilitados (artículo 920 del Cód. de Com.

(3) V. LYON-CAEN ET RENAULT, *Manuel de Droit commercial*. París, 1922, núm. 1.267 bis.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

Pues bien; si tal contenido del convenio no había de rozar para nada con la inhabilitación del quebrado fraudulento, ¿por qué prohibir a éste todo convenio? (1)

Pesa sobre nosotros la tradición del rigor. *Fallitus ergo fraudator*, se decía. La quiebra era castigada hasta con pena de muerte, y para ella había el tormento, la cárcel, el simbolismo deshonroso del toque de campana a muerto, sometimiento a ridículo, etc. Era el régimen de castigar y aterrorizar para conservar la probidad por el temor, el que en el orden pedagógico se condensaba en el aforismo *la letra con sangre entra*.

Y no es que entienda que el fraude no deba ser perseguido y sancionado, no. Precisamente, como os diré al tratar de la suspensión de pagos, desearía que la sanción alcanzase a la insolvencia provisional.

Lo que deploro es que la ley, fascinada por el natural y obligado castigo a imponer, no tutele debidamente los intereses económicos en juego.

IV. TERCERA SOLUCIÓN

Concordato preventivo

Habéis visto cómo la situación económica anormal del comerciante se soluciona en cuanto al pago de los débitos, razón de ser de la institución quiebra, por medio de un convenio en ella con los acreedores. *Razón de ser.*

Pues bien; ¿por qué no comenzar por ahí? ¿Por qué todo el aparato y vejaciones del arresto del deudor que se decreta, desposesión de sus bienes que se ordena, interdicciones que se le arrojan, quebrantamiento del negocio que se perturba, administraciones judiciales que esquilman, y todo ello para terminar con un arreglo por ma-

(1) BENITO, ob. cit., núm. 3.227, censura que se prohíba el convenio a los fraudulentos.

yoría que a todos beneficia y por el cual pudo principiarse?

Es que es el régimen tradicional del rigor. La elevación a presunción legal de que no pagar es ser defraudador en el peor sentido del vocablo.

Todos sabéis que el proyecto del Código de comercio francés, durante mucho tiempo, no dejó de ser eso: proyecto. Pero quiebras escandalosas que hubo irritaron de tal modo la cólera de Napoleón, que, con la actividad que le caracterizaba, ordenó su inmediata discusión, en la que a veces él mismo intervino, y lo promulgó rápidamente como ley, ley que tenía el sello de... napoleónica. Y como fuese preguntado el Emperador por qué se preceptuaba el inmediato arresto del quebrado, sin esperar a averiguar si era culpable o no, respondió: a un hombre que mata a otro, ¿no se le detiene, sin perjuicio de que él pruebe su inocencia? Pues así al quebrado. Es decir, la presunción *juris tantum* de que la quiebra es un delito. Y sobre esta base se levanta su estructura jurídica, con todas sus disposiciones complicadas y vejatorias.

La dureza del régimen ha inducido a buscar medios que dulcifiquen la quiebra o la impidan, en bien de todos, tratando de solucionar menos gravosamente la situación anormal del comerciante. Y entre esos medios, el más importante y generalizado es el concordato preventivo (1). O sea llevar el concordato al primer estadio, anteponiéndolo al propio procedimiento de quiebra, en que muy avanzado ya éste se autorizaba. Y como uno de los efectos del concordato es terminar el procedimiento de quiebra, lógico es que celebrado previamente impida que se abra, es decir, previene, en su acepción de evitar, la quiebra; y de aquí su nombre de concordato preventivo.

Su amplia difusión.

Institución que paulatinamente ha ido estableciéndose en todas las legislaciones. Bélgica la instituyó, provisionalmente, en 20 de junio de 1883, y definitivamente,

(1) Aunque se le hayan asignado otras finalidades.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

en 1887; Uruguay, que la tenía para las sociedades anónimas desde 2 de junio de 1883, la admitió para todos los comerciantes en general, por ley de 24 de septiembre de 1900, reformatoria del libro IV del Código de Comercio; Portugal, se refiere a ella en el artículo 730 de su Código de 1888 (1); Suiza, la regula en su ley de 11 de abril de 1889; Grecia, en la de 6 de febrero de 1893; Argentina, en la de 30 de diciembre de 1902, que reemplazó el libro IV del Código de Comercio y ha sido sustituida por la de 27 de septiembre de 1933; Italia, en su ley de 24 de mayo de 1903, modificada por la de 10 de julio de 1930 y sustituida por R. D. L. de 16 de marzo de 1942, que regula toda la materia de quiebra; Brasil, en la de 17 de diciembre de 1906, conservándola en la de 9 de diciembre de 1929; Austria, por su ordenanza de 1914; Alemania, por las suyas de 1914 y 1916, para los casos en que las dificultades económicas proviniesen de la guerra, extendiéndola general y definitivamente en 1927; Hungría, en 1926; Estados Unidos de América, en 1933, etc.

España no la ha regulado con el nombre de concordato preventivo, pero puede considerarse que la ha introducido en nuestro derecho con la ley de suspensión de pagos, de 26 de julio de 1922, de que luego se tratará.

Tan general aceptación del concordato preventivo demuestra la utilidad y aun necesidad de la institución; y el que lo haya sido tan rápidamente revela la protesta del sentir de nuestras generaciones contra la adusta, vejatoria y devastadora quiebra clásica.

Ventajas del concordato preventivo.

Porque el concordato que la impide es útil para el deudor, para los acreedores, para la sociedad.

Al deudor le evita los graves perjuicios materiales y morales, privados y públicos, de la quiebra; a los acree-

(1) Francia, en 4 de marzo de 1889, estableció en su derecho la «liquidación judicial», nombre dado a una quiebra atenuada, que organizó a favor de los comerciantes no culpables. Institución original, que no debe confundirse con el concordato preventivo. Méjico (artículo 1.415 del Código) da el nombre de liquidación judicial a la quiebra a solicitud del deudor que no abandona su activo.

dores les reporta acrecentados los beneficios que se ha visto obtienen con el convenio dentro del procedimiento de quiebra; a la sociedad, le conserva una empresa, fuente de riqueza, en vez de destruirla, y con la aminoración del daño de los acreedores disminuye el que con la quiebra se infiere al crédito mercantil general.

Vosotros, los médicos, ¿no es verdad que como norma tenéis más la conservación y, si es posible, la completa curación del órgano enfermo, que no su amputación? Vosotros los penalistas, ¿no es cierto que más que a la sanción y eliminación del delincuente tendéis a su corrección y a disminuir las causas que pueden llevarle de nuevo al delito? Y vosotros, los abogados, compañeros muy queridos de tan noble profesión, ¿no es exacto ser norma usual de todo bufete, tratar de conseguir, ante todo, un convenio que evite el litigio? Todos en este sentido somos conservadores. Unos, de la integridad del cuerpo; otros, del miembro social; otros, de la paz de las familias y aun de los mismos intereses que se nos confían, aunque a veces aquellos a quienes afectan crean que los lastimamos.

Del mismo modo, la ley, con el concordato preventivo, es altamente conservadora de la riqueza que va a desvanecerse; de la fuente de producción que va a secarse; del crédito mercantil general que había de recibir mayores males con la quiebra; de los intereses de los acreedores en cuanto disminuye su lesión.

Por eso no puede menos de extrañarme que se hable, como del concordato en quiebra, de que el preventivo es un *beneficio* para el deudor (1) y no como un régimen conveniente para todos, aunque para el deudor envuelva un mejor tratamiento frente a otros regímenes. Su apli-

(1) Por ej., el art. 20 de la ley italiana de 1903, dice: «Il tribunale ove riconosca che il debitore *e meritevole del beneficio* del concordato...», y la ley actual, en su art. 181, exige que el Tribunal aprecie, para homologar el contrato, si el deudor en relación a las causas que han provocado su situación y por su conducta es *meritevole* del concordato.

Ya antes se ha visto que el concordato en la quiebra es por muchos también estimado como *beneficio* concedido al deudor.

cación derivará en beneficio del deudor, sí; pero también, y quizá preferentemente, en beneficio de los acreedores y de la economía general, como antes se ha dicho respecto al concordato en la quiebra.

Y esta afirmación de que no es el concordato preventivo beneficio que ha de merecer el quebrado, no está contradicha por el hecho de que haya leyes que condicionen, y aun nieguen, el derecho del deudor a proponerlo, cuando pesadas todas las circunstancias estiman, con más o menos acierto, ya que la conservación de la empresa es, por uno u otro motivo, antes perniciosa que favorable para el comercio sano o para la economía pública, ya que los intereses de los acreedores no son debidamente atendidos en la propuesta que se formule, etc., que de todo hay en la viña... de la legislación. Porque esto precisamente quiere decir que en el concordato preventivo miran también, y casi privativamente, esos otros intereses, que se protegen, y aun favorecen, con la *generosa* cobertera del favor o beneficio para otro. Por eso entiendo que más que considerar el concordato preventivo como un beneficio para el deudor, debe estimarse un *derecho* suyo, del que no podrá usar, como ocurre con todos los derechos, si con él se lesionan otros más protegidos y cuya protección exija la privación de aquél.

Para estas legislaciones el concordato preventivo no es un cambiar el momento del convenio que deudor y acreedores puedan celebrar, llevándolo de la fase ya avanzada de la quiebra en que se regula, al prólogo de la misma, y por este sencillo traslado acrecentar los beneficios que todo convenio produce, y evitar la quiebra, no. Es una institución a la que asignan fundamentalmente la finalidad de la conservación de la empresa, mirando a su utilidad social.

Mossa (1) señala cuáles son las condiciones absolutas del concordato preventivo según la legislación italiana anterior a la ley de 1942, época en que escribía, y consigna las siguientes; posibilidad de continuar la em-

(1) *Diritto commerciale*, Milán, 1937, t. II, pág. 714.

presa, aunque cambie de patrono por efecto de concordato (1); ética de su titular; *consistenza* económica del concordato que debe asegurar un reparto no inferior al 40 por 100, y voluntad de la mayoría de los acreedores.

Con esto último bastaba jurídicamente para que hubiese convenio, del cual fluyen, como antes he demostrado, las grandes ventajas que he referido. Pero la ley quiere más. Quiere que la empresa *pueda* continuar, y la apreciación de esa posibilidad económico-financiera la confía al Tribunal, que en este orden es absolutamente incompetente. Y quiere que el titular haya sido probo, extremo de que luego hablaré, y acerca del cual vosotros os preguntaréis, y no sé si hallaréis contestación satisfactoria: si la continuación de la empresa es mediante traspaso ¿qué interés social hay en dejarla hundir porque quien va ya a dejar de ser comerciante no *tuvo* conducta ética? Y además ordena la ley que se ofrezca garantizado más de un 40 por 100 a los acreedores, sobre lo cual haré después algunas consideraciones.

Si estos requisitos no se reúnen, dice Mossa, ya no es tan agudo el interés social, y la ley remite el concordato al convenio en quiebra, que puede «cerrar definitivamente la vida de la empresa y la actividad comercial del deudor».

Es decir, que por el juicio de un Tribunal, incompetente económico-financieramente hablando, para apreciar la *posibilidad* de que la empresa continúe, la ley, tan protectora del interés social, arroja a deudor y acreedores a la vorágine de la quiebra, donde quedará tragada la empresa y maltrechos los intereses de todos ellos y del propio crédito mercantil, y donde sólo un convenio ¡entonces! podría atenuar tales males.

Y es elocuente lo que decía el ministro GRANDI en su exposición de motivos de la nueva ley italiana del 18 de julio de 1942, a saber: que el concordato preventivo, instituido para ofrecer al deudor el medio de *continuar* al

(1) Este cambio de titular no lo preveía la ley; lo introdujo la práctica.

frente de su empresa, había sufrido en la práctica la desviación *inevitable* de que el deudor obtuviese su liberación entregando los bienes a los acreedores.

Y la nueva ley (art. 160), aceptando esta desviación de la concepción original, admite, además del antiguo, este procedimiento siempre que los bienes cedidos cubran el 40 por 100 de los débitos, y que termina (art. 182) con la liquidación de los bienes cedidos por el deudor.

De donde resulta que en la nueva ley italiana el concordato preventivo tiene una de estas dos finalidades: 1.ª, la antigua de conservar la empresa, como de conveniencia social; 2.ª, la liquidación de los bienes del deudor, si valuados cubren el 40 por 100 de los débitos, porque en caso contrario se abre la quiebra de oficio, donde la empresa probablemente desaparecerá, ¡pero los acreedores seguramente cobrarán menos!

La institución del concordato preventivo, en esencia no consiste sino en la petición del convenio, la reunión de los acreedores, como parte contraria, para discutirlo, y la aprobación judicial, si lo han votado las mayorías necesarias. Que aquí, como en la quiebra, el convenio es de mayorías o de masas.

Naturaleza del concordato.

Porque aunque el concordato se presente como institución distinta de la quiebra y para evitarla, tiene como base y nota los dos rasgos que antes se han señalado: la masa de los bienes y la masa de los acreedores.

La masa de los bienes, porque el convenio se concierta mirando todo el activo del deudor, *todo* su patrimonio, y si bien la desposesión no existe, no por ello se presenta la masa menos claramente que en la quiebra, pues el deudor ve intervenida su gestión total por persona designada por el juez, llámese comisario, interventor o como se quiera, y se ve privado del poder de disposición de sus bienes. Es decir, que el *pignus generale* que en la quiebra por la desposesión se produce, se trueca en el concordato en lo que, con locución algo inconcreta, podríamos llamar una hipoteca general e intervenida, por la que el patrimonio total del deudor, garantía ya visi-

blemente constituida de sus *ya determinados* acreedores, no pasa, es verdad, como en la prenda, y con tal carácter de garantía, a posesión de éstos, antes bien permanece, como en la hipoteca, en posesión del deudor; pero pesando ya sobre todo él la contrapartida de deudas *concretas*, para cuya seguridad se le vigila, y se interviene la actuación del deudor, llegando nuestro derecho, en la regulación de la suspensión de pagos por la ley de 1922, donde propiamente existe el concordato preventivo, a ordenar que se anote tal estado en el Registro de la Propiedad, con lo que constituye una casi hipoteca legal a favor de la masa de acreedores.

Y en cuanto a ésta, surge con tanta justeza de trazos aquí como en la quiebra. Y, por tanto, una vez admitida la petición del concordato, como allí declarada la quiebra, las ejecuciones se paralizan, los convenios particulares se prohíben, y todo acreedor es englobado en el conjunto de ellos y sometido para el convenio a la voluntad de la mayoría, convenio que tanto puede ser dilatorio como, lo que será más frecuente, remisorio.

Restricciones en algunas leyes.

Algunas legislaciones, pareciendo temer ir demasiado lejos en la *concesión* del concordato preventivo, con estrecho espíritu, fijan tope tanto a la dilación como a la rebaja. Por ejemplo, Portugal prohíbe la moratoria por más de un año, prorrogable por otro, y la rebaja en más del 50 por 100, exigiendo, además, que el pago de lo convenido sólo puede diferirse cinco años (1); Brasil (2) preceptúa que se pague más del 50 por 100; Italia, ya en su ley de 1903 (3), exigía que el porcentaje ofrecido por el deudor cubriese el 40 por 100 del crédito, y lo repite en las del 30 y 42. Acerca de lo cual decía VIDARI (4) que no podía ocultar que cuanto más se eleva el porcentaje, más difíciles son los concordatos preventivos, porque quien se encuentra bastante fuerte difícilmente rinde las armas

-
- (1) Art. 730 del Código.
 - (2) Art. 149 de la ley citada.
 - (3) Núm. 3 del art. 30.
 - (4) Ob. cit., t. IX, apéndice.

y se entrega atado de piés y manos a los acreedores. En cambio, otras legislaciones, como Uruguay y Argentina, no limitan la cuota.

A decir verdad, no veo razón suficiente para exigir tales mínimos, así como qué criterio racional pueda guiar para su fijación.

¿Es que no se considera digna de vida a empresa que liquida con pérdida considerable? Pues, dejando a un lado otras finalidades del concordato, aliviada en su situación económica puede alcanzar vida próspera.

¿Es que se exige ese mínimo en tutela de los intereses de los acreedores? Aparte de que son ellos los mejores tutores, ¿cobrarán por ventura más si se va a la quiebra, voraz incendio que consumiría gran parte del activo mientras llega el momento del convenio? Y lo paradójico es que producidos ya estos males, la ley se desentiende mínimos en el convenio en quiebra. Si los acreedores juzgan que con la retroacción de la quiebra y las acciones de impugnación, que ella admite, y el concordato preventivo ordinariamente niega, se aumentaría la masa de bienes y el dividendo a percibir, dueños son para no votar la propuesta y provocar la quiebra; pero la ley da palo de ciego prohibiéndolo para todos los casos en que no es ofrecido un determinado porcentaje.

Otra restricción suele ponerse al concordato preventivo: que el deudor sea probo, es decir, que la quiebra sea fortuita o, como se dice, la buena fe del deudor (1). No todas las legislaciones la requieren.

Para tratar de esta cuestión he de partir de dos supuestos: Primero, que si se reconoce el concordato preventivo, aunque limitado al estado económico y moral de la quiebra fortuita, se admite que del complejo organismo de la quiebra pueden desglosarse las relaciones económicas-privadas del deudor y acreedores para ser resueltas

(1) Por ej., BENITO, catedrático que fué de Derecho Mercantil de esta Universidad y siempre gratamente recordado maestro mío, en su *Manual*, núm. 3.073, dice que el concordato preventivo es el remedio que la ley pone para evitar la quiebra del que llega *sin culpa* a las puertas mismas de ésta.

con intervención judicial, autónomamente; y que pueden quedar aparte, y aun mejor en la nada, todos los efectos de la quiebra, como arresto, interdicciones, inhabilitaciones, etc., que siempre, aunque se fortuita, la acompañan. Y eso aunque el *sobreseimiento* de pagos se haya *manifestado* oficialmente con la petición del concordato y el juez lo conozca y proclame, y le haga producir sus efectos al convocar los acreedores y luego aprobar el convenio. Es decir, que el poder judicial sabe y *declara*, aunque no con este vocablo (la esencia no es el nombre), que el deudor está en quiebra, y reglas de la quiebra aplica al concordato. Todo lo cual demuestra que aquellos otros efectos no son secuela *necesaria* del estado de quiebra. Y entre ellos quiero destacar que el quebrado (aunque fortuito, según ahora se contempla), porque el *concordato* es esencialmente, y desde todos los aspectos menos el nominal, un quebrado, según acaba de decirse, *no queda inhabilitado* para ejercer el comercio, lo cual es lógico, pues el concordato preventivo se hace ordinariamente para proseguir sin interrupción el negocio.

Y segundo, que según se ha demostrado antes, al concordato no debe considerársele como beneficio del deudor, sino como derecho suyo, que sólo cederá ante derechos dignos de mayor protección, cuando ésta exija la privación de aquél.

Considerado todo lo cual, bien claro se ve que, puesto que la parte económica de la quiebra puede arrancarse de las demás, no hay motivo para negar el concordato a los quebrados culpables, pues no hay razón suficiente de protección de derechos para prohibírseles; toda vez que la sanción penal podría serle exigida (1) mediante la calificación de insolvencia punible (2) y la continuación del negocio permitírseles por la exención de inhabilitación que el concordato implica, según se ha visto para el caso de quiebra fortuita. Y no hay razón bastante en nues-

(1) Y no siempre, pues no toda quiebra culpable es punible.

(2) Ampliándose el supuesto de quebrado de que habla el Código penal al concordato, como para el suspenso ocurre según la ley de 1922.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

tro derecho mercantil (en cuanto a la derivada del orden penal, valga lo que diré al tratar de la insolvencia fraudulenta) para no ampliar tal exención de inhabilitación a la quiebra culpable, toda vez que nuestro Código (1) pone a una y otra clase de quebrados en el mismo plano cuando de la rehabilitación se trata.

Mayores dificultades puede presentar el caso de fraudulencia, pues si bien en lo relativo a la responsabilidad penal cabe aplicar lo expuesto en cuanto a la quiebra culpable, no así en lo referente a la rehabilitación. Y esto por dos motivos: uno, derivado del Código penal; otro, del de comercio.

Las penas que a la insolvencia fraudulenta, cuando se trata de comerciantes quebrados, señala el Código, llevan, como accesorias, la inhabilitación o la suspensión. Mas esto, que es cierto, no debe ser obstáculo para el concordato, pues sería dar a tales penas absurdo efecto antecedente, ya que no se aplican sino *durante* la condena. Y en el estado procesal de que trato se ignora si habrá o no condena, y aun si habiéndola, por aplicación de reglas específicas o generales del Código, se rebajarán las penas que éste marca y se impondrá una que no lleve accesorias, y, en fin, hasta si cabría, dada la duración de la pena impuesta, remitir condicionalmente la condena, remisión que según el artículo 100 del Código penal, alcanzaría a la prohibición de ejercer el comercio.

Por lo que atañe al Código de este nombre, es cierto que prohíbe la rehabilitación al quebrado fraudulento y, por tanto, que no procede para éste el concordato preventivo que, *por regla general*, persigue la continuación de la empresa. Pero no es menos cierto que puede continuar y conservarse ésta riqueza social, con beneficio también de los acreedores, conviniéndose su traspaso a otra persona, con lo que la dificultad desaparece. Recordad, por otra parte, cuanto sobre punto análogo se ha dicho al tratar del concordato en la quiebra, y medita si abierta la puerta de la rehabilitación al fraudulento, pues en derecho

(1) Art. 921.

comparado ha sido considerado como *rehabilitable*, no convendría a todos los intereses excluir, de la inhabilitación para ejercer *todo* comercio, la continuación del que ha sido objeto de convenio aprobado por el juez; o, en otro caso, permitir la prosecución de la empresa, con el concordado al frente, pero con la intervención que se acuerde hasta que la rehabilitación llegue, aplicándole el régimen establecido en el número primero del artículo 13 del Código de Comercio, que permite a los quebrados continuar al frente de su establecimiento, aunque no estén rehabilitados.

V. CUARTA SOLUCIÓN

Suspensión de pagos

Concepto y naturaleza.

El supuesto de hecho de esta solución es que el comerciante no puede pagar a su tiempo, pero tiene suficientes bienes para cubrir las deudas. *Suspende* sus pagos y solicita una espera para hacerlo.

La imposibilidad de realizar los bienes de forma que coincida su liquidación con la época del vencimiento de los débitos, ha de ser causa del incumplimiento. Por eso se dice que tal estado es debido a la *iliquidez* del activo.

El convenio que solicita de sus acreedores es puramente dilatorio, cuyos precedentes de derecho romano he indicado ya al exponer el concordato en quiebra (*quinquennio dilatio*), que nuestras leyes de Partida lo recogían en la 6 del Tít. XV en la Partida 5.^a y que nuestros clásicos, como SALGADO DE SOMOZA, estudiaban con el nombre de *indutiae* (1).

Estas moratorias eran también concedidas por el Rey en vez de nacer por convenio de los acreedores; y conocidas son las *lettres de repit* francesas, dilaciones otor-

(1) V. SALGADO DE SOMOZA, *Labyrinthus*, parte 2.^a, cap. 30, número 67 y siguientes.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

gadas por el Rey, y que suelen citarse (1) como precedentes de la institución de que hablo ahora (2).

El deudor no sobresee en el sentido de *desistir* de pagar. Quiere pagar, y ha de poder pagar con lo que tiene, pero aplazando el pago. Mas lo cierto es que *cesa* en el pago *corriente* de sus obligaciones, que es en lo que según nuestro Código consiste el estado de quiebra.

Es, pues, el primer problema que aparece determinar si la naturaleza de la suspensión de pagos es distinta de la quiebra, o no.

Recordando el concepto de quiebra dado al principio del discurso, ha de contestarse que tal estado es esencialmente estado de quiebra. Pues si para que lo haya es necesario y *suficiente* que el deudor se halle imposibilitado de realizar los valores necesarios para el pago de los débitos *a sus vencimientos*, el comerciante que está imposibilitado, por la razón económica que sea, de pagar al vencimiento, se halla en situación de quiebra.

Habrà en su balance superávit, mas ya se ha visto que la quiebra no consiste en el *déficit*. Y esto, aun aceptando la verdad del activo y que la valoración sea exacta, sin necesidad de aplicar el aforismo del derecho aragonés *tantum valet res quantum vendi potest*.

No niego *en absoluto* que la situación económica descrita pueda realmente presentarse, pero es muy difícil que ocurra con balances *verdaderos* en una época como ésta de crédito tan facilitado. Los mismos ejemplos que cita THALLER (3), pueden ser objeto de reparo.

(1) V. BENITO, ob. cit., núm. 3.081, y PERCEROU, ob. cit., núm. 20.

(2) V. las LEYES 32 y siguientes del tít. 18 de la partida 3.ª, y el título 33 del libro XI de la Novísima Recopilación.

(3) Por ej., es uno de ellos el del banquero al que en momento de pánico se le reclaman las cantidades en el Banco depositadas, que él no puede entregar totalmente por haber empleado gran parte de los fondos en descuentos de efectos cuyo vencimiento no ha llegado. Pero el redescuento que, dada la organización bancaria actual, puede rápidamente conseguir, le proporcionará los fondos necesarios para atender los pagos (a), a no ser que no los cubra con ellos, lo que será

(a) Téngase en cuenta, además, que con arreglo a nuestra ley, el deudor goza de un plazo de 48 horas, obstativo del de los acreedores para llevarle a la quiebra, en que él puede pedir la suspensión de pagos; y será muy extraño que durante dicho plazo no pueda negociar los efectos necesarios y evitar la quiebra, pagando sin acudir a la suspensión.

Pero aun admitiendo que en época normal (1) tan extraña situación sea imposible de remediar por los medios usuales del comercio, no me parece que, científicamente, quepa admitirla como fuera de la naturaleza de la quiebra, y me adhiero con ello al juicio de graves autores.

No me refiero sólo al extranjero donde en la quiebra se engloba (2), sino también a España.

El maestro de los mercantilistas españoles del siglo XIX, y siempre maestro, MARTÍ DE EIXALÁ (3), ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA y MIÑANA (4), D. ANTONIO DE LA FIGUERA, Catedrático que fué de Derecho Mercantil de Zaragoza (5), y aun el mismo BLANCO CONSTANS (6), que defiende la suspensión de pagos como estado preliminar de la quiebra, confiesa que entre la suspensión de pagos y la quiebra no existen diferencias *esenciales*.

Cierto es que la doctrina española es contradictoria. Ya LA SERNA y REUS, en su Código de Comercio (el de 1829), anotado y concordado (7) al exponer el artículo 1.003, consignaban por nota que la quiebra de primera clase (la suspensión de pagos) no es en rigor una quiebra

debido a tomar como valor *actual* el nominal del efecto, o sea el del día de su vencimiento, y en ese caso ha habido inexactitud de valoración en el balance y tal vez déficit real.

(1) Para las anormales puede haber otras soluciones, como se verá.

(2) V. PERCEROU, ob. cit., núm. 184.—NAVARRINI, ob. cit., número 2.159, al final y su nota.

(3) «No encontramos diferencia *sustancial* entre esta insolvencia (la quiebra fortuita) y aquella suspensión (la de pagos).»—*Instituciones de Derecho mercantil*, 6.^a ed., 1873, pág. 488.

(4) «La cesación en el cumplimiento de las obligaciones puede ser momentánea o definitiva, y en ambos casos surge propiamente el estado de quiebra.»—*Tratado de Derecho mercantil*, tomo I, págs. 275 y 276, y más categóricamente en la 297.

(5) Discurso de apertura de curso de dicha Universidad en 1920: «No estoy conforme con la declaración del Código al calificar la suspensión de pagos como estado preliminar al de la quiebra. Más acertado estuvo el Código de Comercio de 1829 al apreciar la suspensión de pagos como una de tantas clases de quiebra. OBARRIO, ALVAREZ DEL MANZANO, LYON-CAEN ET RENAULT, etc., participan de este criterio, y convencido estoy de su realidad.»

(6) Ob. cit., tomo I, pág. 701.

(7) Séptima edición, corregida por don José Reus.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

verdadera; BENITO (1) asigna distinta naturaleza a ambas instituciones al escribir: «La quiebra es la insolvencia; la suspensión de pagos, la solvencia posible»; y más terminantemente se expresa GONZÁLEZ DE ECHAVARRI (2) al afirmar que: «Ni por su *naturaleza* ni por sus efectos pueden ser ambos casos (el de insolvencia de la quiebra y el de la solvencia de la suspensión de pagos) equiparados» (3).

Sin embargo, es lo cierto que nuestro derecho, desde que se regularon sistemáticamente estas materias, ha venido considerando como quiebra a la suspensión de pagos.

Lo cual no quiere decir que deba ser considerada como quiebra sin diferenciarla de las demás, tanto en la amplitud de los efectos como en lo complicado del procedimiento (4).

Las Ordenanzas de Bilbao (5), incluían la suspensión de pagos entre las quiebras, ya que después de dividir los «atrasados, quebrados o fallidos en su crédito» en tres clases, tratando de la primera, decían: «La primera clase (6), o género de comerciantes que no pagan lo que deben a su debido tiempo, se deberá regular por atraso, teniendo aquel o aquellos a quienes suceda bastantes bienes para pagar *enteramente* a sus acreedores, y se justificare que *por accidente* no se halla en disposición de hacerlo con puntualidad, haciéndolo después con espera de *breve* tiempo, ya sea con intereses o sin ellos, según convenio de sus acreedores. A semejantes se les

La suspensión de pagos como quiebra en la legislación española.

(1) *Manual*, núm. 3.075.

(2) *Comentarios al Código de Comercio*, tomo V, pág. 368.

(3) También, entre otros, opinan lo mismo ESTASEN, *Instituciones de Derecho mercantil*, t. V, pág. 81, y RIVES MARTÍ, *Teoría y de práctica de... concursos y quiebras*, 2.^a ed., t. II, pág. 23.

(4) Ya GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado de quiebras*, 1.856, pág. 12, opinaba que la suspensión de pagos debía exigir sólo sencillas diligencias, a lo que se adhirió DURÁN Y BAS en sus notas a las *Instituciones de Derecho mercantil*, de MARTÍ DE ELXALÁ (lugar citados).

(5) Cap. XVII.

(6) La segunda clase de quiebra era la que llamamos ahora fortuita.

ha de guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama.»

He aquí delineada con sus clásicos caracteres la institución llamada después suspensión de pagos: tener bastantes bienes para pagar, no poderlo hacer puntualmente por accidente y pagarlo todo tras breve espera, según convenio. Pero, a pesar de todo ello, se consideraba como quiebra.

El Código de 1829 calificó también como quiebra la suspensión de pagos, denominándola quiebra de primera clase, entre las cinco que establecía. Pero cuando señaló las circunstancias que la constituían (1), no mencionó dos muy importantes de las marcadas en las Ordenanzas de Bilbao: la de que el óbice para pagar puntualmente fuese por accidente, es decir, la buena fe, y el que la espera fuera breve, expresando sólo como determinantes de la institución que manifestase el comerciante bienes suficientes y que pidiese un plazo en que poder realizar sus mercaderías o créditos (2).

(1) Art. 1.003: «Entiéndese quebrado de primera clase el comerciante que, manifestando bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, suspende temporalmente los pagos y pide a sus acreedores un plazo en que pueda realizar sus mercaderías o créditos para satisfacerlos.»

(2) Con este concretar el haber que ha de realizarse a las mercaderías y créditos parece que SÁINZ DE ANDINO miraba sólo el patrimonio mercantil para la apreciación de la suficiencia económica, y que como es de rápida circulación, envolvía en ello la nota de brevedad que expresamente no decía.

Pero otra consideración cabe hacer. Si la espera se pedía hasta poder *realizar* los créditos, bien puede entenderse que el Código se refiere o *alcanza* a la espera necesaria para que, llegado el vencimiento, sean hechos efectivos. Y esto supone, en cuanto al equilibrio económico que ha de ostentarse como requisito esencial de la suspensión de pagos, un grave error que lo falsea. Tomar como valor *actual* del crédito el que tendrá a su vencimiento, es juicio erróneo y engañoso, de que ya se ha tratado al principio de este discurso al exponer concepto de la quiebra diferenciándola del déficit.

Nótese que la espera puede (y suele) ser sin intereses, como ya permitían las Ordenanzas de Bilbao, y presentar la nivelación del balance sin tener en cuenta la diferencia de valores actual y futuro, de que se acaba de hablar, semeja la conducta de un automovilista que dijese a otro: «Estamos en el mismo kilómetro de la carretera, aunque no lo parezca, y te lo demostraré si me concedes tiempo du-

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

Pero al modificarse la legislación por el nuevo Código de 1885, hoy vigente, se introdujo un nuevo sistema. La exposición de motivos es clara y terminante.

La suspensión, independiente de la quiebra en la legislación española

Se reconoció, según dice la exposición, la suspensión de pagos como un estado preliminar a la quiebra y como estado intermedio entre el de plenitud del crédito y el de cesar por completo en el pago, sacando así la suspensión del ámbito de la quiebra y constituyendo con ella una categoría independiente.

Mas aunque el proyecto, en su artículo 872, al determinar quién se hallaría en suspensión de pagos, se limitaba a transcribir casi literalmente lo que el Código de 1829 definía como quiebra de primera clase, sin más variación de fondo que sustituir la palabra *mercaderías* por la de *bienes*, la exposición de motivos afirmaba que el proyecto concedía el derecho de suspender pagos al comerciante que tenía bienes suficientes para pagar sus obligaciones íntegramente o con algún descuento.

Y por ello, o por lo que fuese, lo cierto es que al discutirse el Código en las Cortes y darse otra redacción al contenido de los artículos, el 872 del proyecto (que pasó a

rante el cual tú paras (los créditos no producen intereses al acreedor) (a) y yo sigo marchando» (los créditos del deudor siguen fructificando, por el aumento de valor a su vencimiento sobre el actual).

Así como la nota de brevedad tal vez puede considerarse comprendida en la que ordinariamente tiene la realización de las mercaderías o créditos (si éstos son mercantiles) a que el Código se contraía como bienes a realizar, en cambio la de buena fe difícilmente puede verse en el Código de 1829, dado lo dispuesto en el art. 1.145 del Código, que ordena sobreseimiento del expediente de calificación cuando hay convenio *sin quita*, que es el supuesto de la suspensión de pagos. Y la calificación es el único momento para determinar si existe o no buena fe. Por otra parte, autores como GONZÁLEZ HUEBRÁ, ob. cit., págs. 178 y sigs.) exigen, como requisito para las quiebras de tercera, cuarta y quinta clases, que el deudor *no tenga* bienes suficientes para el pago total de los créditos, contra lo que ocurre en la suspensión de pagos, que, por tanto, no podría incluirse en aquéllas. De suerte que, en vez de ser la buena fe un requisito que debía exigirse a quien pedía la suspensión manifestando bienes suficientes, venía a resultar esta situación económica liberatoria de tal requisito. Esto es, que si pactaba sólo espera, si *suspendía* los pagos, no importaba a la ley que tuviese o no buena fe.

(a) Según sent. de 3 nov. 1905 no devengan intereses moratorios durante la suspensión de pagos.

ser el 870 del Código) se formuló diciendo que podría constituirse en suspensión de pagos el que poseyendo bienes suficientes prevea la imposibilidad de efectuar el pago de sus deudas a su vencimiento, *y el que carezca de recursos para satisfacerlas en toda su integridad*. Con lo cual la suspensión de pagos de las Ordenanzas de Bilbao, cuyos requisitos ya habían sido cercenados en el Código de 1829, desapareció totalmente en el del 85, al no exigirse tampoco como necesarios los de poseer bienes suficientes y pagar las deudas en su integridad, que eran los únicos que le quedaban.

Siguió con su nombre la suspensión de pagos, pero la realidad había variado totalmente. De la suspensión de pagos de las Ordenanzas ya no restaba nada.

Cuáles fueran las consecuencias que de ello se derivaron, fácilmente se os alcanzarán y elocuentemente las señala BENITO (1). Las quiebras, aun las más escandalosas, fueron presentadas como suspensiones de pagos. Y hubo tales abusos que se llegó, según se hizo público, y en las mismas Cortes se expuso al tratar de reformar el Código, a proponer en una *suspensión* de pagos el convenio que consistía en liquidar los débitos pagando tan sólo un 10 por 100 de su importe y gozando para ello de un plazo de diez años.

Los escándalos y alarma hicieron necesaria la reforma, la cual vino por ley de 10 de junio de 1897, que modificó los artículos 870 al 873 del Código, dándoles la redacción que tienen en las ediciones actuales del Código de comercio, y cuya esencia fué exigir siempre para la suspensión de pagos poseer bienes suficientes para cubrir las deudas, no admitir más convenio que el dilatorio y señalar plazo de tres años, como *máximum* de dilación.

Se volvió, pues, al concepto de las Ordenanzas, pero prescindiendo, como los Códigos del 29 y 85, del requisito de la buena fe o, según gráficamente decían aquéllas, que fuese por accidente, y se fijó como nota de la brevedad de la dilación que no excediese de tres años; plazo

(1) Ob. cit., núms. 3.084 y 3.085.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

que en verdad, y más en la esfera mercantil, no puede estimarse breve (1).

La reforma fracasó totalmente (2). Parte por carecer de ley procesal adecuada (3), parte por razones intrínsecas.

Querer separar en el orden mercantil, que es toda vida y movimiento fecundo de capitales, la espera y la quita como dos instituciones prácticamente diversas, sin adicionar el elemento de cantidad a una y otra, que podrían hacerlas equivalentes en la esfera de los hechos es un error. Donde hay espera hay quita, de mayor o menor entidad según la duración de aquélla. Se ha dicho, y con razón, que *minus solvit qui tardius solvit*, y el derecho romano nos enseñaba (4) que *solidum non solvit non minus quantitate quam die*.

Si hubo una época, especialmente en la vida civil, en que no se apreciaba debidamente que la demora en el pago equivale a pagar menos, no estimarlo hoy día, en que por nadie se acepta el aforismo *pecunia pecuniam non parit*, implica anacronismo. Y no estimar aquella equivalencia en la esfera comercial, donde debe admitirse el principio de la productividad objetiva de intereses, supone desconocimiento de la realidad y aun de la misma ley mercantil.

De la realidad, porque es acorde con el uso mercantil que el pronto pago lleve bonificación, y el precio de la venta a plazos sufra recargos; porque la institución del descuento de letras se basa precisamente en esa influencia del plazo sobre la cuantía; porque el régimen de seguros, y en especial el de los seguros sobre la vida y los cálculos actuariales sobre las primas y reservas mate-

(1) El Código italiano. (art. 822) fijaba como límite de la moratoria *seis meses*; el portugués (art. 730), *un año* prorrogable por otro. Ambos eran conocidos por nuestros legisladores, que quisieron ser más espléndidos.

(2) V. la crítica de JORRO MIRANDA en su obra *La suspensión de pagos*. Valencia, 1902, págs. 147 y sigs.

(3) Hubieron de aplicarse las normas de la quita y espera, evidentemente inapropiadas.

(4) Ley 85, de *solutionibus*, D. 46-3.

máticas, tiene como uno de sus fundamentos la variación del *cuanto* en función del *cuando*, etc.

De la ley mercantil, porque el propio Código de comercio establece que los créditos que, por razón de la quiebra del deudor, sean satisfechos antes del tiempo prefljado en la obligación lo sean con el descuento correspondiente (1), y que si se reembolsase la letra protestada por falta de aceptación se descuenta el rédito legal por el tiempo que falte hasta el vencimiento (2).

Lo cual es, además, no tener en cuenta las conveniencias de los mismos acreedores, como acertadamente resalta mi querido compañero, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, D. AGUSTÍN VICENTE GELLA (3), que, activos y especuladores, muchas veces, preferirán cobrar en seguida con alguna rebaja a esperar algunos años para cobrar el todo (4).

Y aquel rigorismo de la ley de 1897, de que no hubiese quita, se burlaba en la práctica (5), y aquel tope de la

(1) Art. 883 del Código.

(2) Art. 481 idem.

(3) En su excelente *Introducción al Derecho mercantil comparado*, segunda edición, núm. 215.

(4) Es curioso notar que cuando se dictó la ley de 1897 estaba ya vigente algunos años el Código civil, y que éste, si bien en el artículo 1.913 prohíbe acudir a la quita y espera (correlativa a la suspensión de pagos) al deudor cuyo pasivo fuese mayor que el activo, permite a quien no se halle en dicho caso recurrir a tal procedimiento, en el cual, como su mismo nombre indica, caben convenios dilatorios y *remisorios*.

En cambio, la ley de 1897, que tenía a la vista el Código civil, sigue rígidamente norma distinta y prohíbe a ese deudor, si es comerciante, todo convenio remisorio; cuando si acaso se debían haber invertido los papeles, pues para el comercio el tiempo es oro, y el dinero, *fecundísimo*.

La ley de 1922, al permitir convenios de toda clase, ha dado solución armónica con el art. 1.912 del Código civil. Pero, en cambio, introduce desarmonía en cuanto respecta al 1.913, pues admite a la suspensión de pagos al comerciante con déficit, mientras este artículo obliga a ir al concurso (correlativo de la quiebra) al deudor civil que lo tenga.

(5) He aquí las elocuentes palabras del señor ESTRADA en el Congreso de los Diputados el 2 de julio de 1922, con motivo de la discusión de la ley que nos ocupa: «Cumplido lo que dispone el artículo 870 en relación con el 872 del Código de Comercio (o sea que el co-

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

espera hasta tres años era triste irrisión en la realidad. El señor ALVAREZ VALDÉS, en la sesión de 6 de junio de 1922, dijo en el Congreso que había habido expediente de suspensión de pagos que duró ¡diecisiete años! Y, naturalmente, los acreedores no habían cobrado mientras tanto, y la ley, tan satisfecha porque no permitía una espera superior a tres años.

La ley procesal que hubiese podido atenuar algo tan desastrosas consecuencias no se dictaba. Y pasaron cinco mortales lustros desde 1897 hasta que en la *Gaceta* de 25 de marzo de 1922 apareció el proyecto de ley tan esperado, firmado por el ministro de Gracia y Justicia, el señor BERTRÁN Y MUSITU, quien decía que era reproducción del anteproyecto que dos años antes había redactado la Comisión Codificadora (1). El proyecto estaba informado por el espíritu de la ley sustantiva de 1897,

La ley de 1922.

mercante que solicite la suspensión de pagos acompañará su balance con el pasivo y activo nivelados, y la proposición de espera no podrá exceder de tres años), el juez, *automáticamente*, dicta el auto por que la suspensión se declara. Y complicada la Justicia en esta mentira legal, tras élla queda escudado el suspenso, y desde ese día la urdimbre curialesca comienza a ampararle. Hay remedio para todo. Primero, si no los hay, se inventan acreedores del extranjero, para prorrogar la celebración de la junta; y si ésta llega "y el muñeco no está vestido", se apela a un incidente de nulidad de actuaciones que no termina nunca. Mientras tanto, el acreedor ve que pasan los días; que el suspenso cobra y no paga y que la masa se evapora, y ante esta situación de agobio no "falta el gancho" que ofrece un 25, un 20, un 15 y a veces un vergonzoso 10 por 100 del crédito, y por este camino, *la quita que no autoriza la ley la otorga la obligación o la necesidad*. Y cuando se está en posesión de las transferencias necesarias para ir a la junta y tener mayoría, se acude a ella vencedor, para después decir al Juzgado: Aquí hay un "hombre honrado" que ha sabido enriquecerse a costa de los demás, burlando las acciones criminales que contra él pudieran ejercitarse.»

(1) A los pocos días fué sustituido en la cartera por el señor ORDÓÑEZ, quien sostuvo la discusión parlamentaria y refrendó la ley.

Dícese públicamente (BENITO, ob. cit., núm. 3.089; GONZÁLEZ DE ECHAVARRI y MIGUEL Y ROMERO, *Comentarios a la ley de Suspensión de pagos*, Prólogo; LANGLE, *Derecho mercantil*, 1941, pág. 362, etc.), que tal ley fué provocada por la crítica situación del Banco de Barcelona. Si así es, quién sabe, de no haber surgido tal catástrofe, cuándo se hubiese dictado.

así como el dictamen que emitió, el 7 de abril, la Comisión parlamentaria del Congreso, hasta el extremo de que ésta hizo hincapié en que la propuesta de convenio había de ser dentro de los términos del artículo 872 del Código, o sea de espera pero no de quita, lo cual, si bien era la mente del proyecto, no se consignaba expresamente al tratar del contenido del convenio.

Empero retirado el dictamen, la Comisión presentó otro, en 12 de mayo, con la modificación radical de admitir a la suspensión de pagos a quien no tuviese bienes suficientes para pagar sus deudas, y la de que el convenio pudiera ser remisorio.

Tan esencial variación, de que no se dió, a pesar de ser requerida, explicación suficiente, prosperó e informó la ley vigente de 26 de julio de 1922.

Se ha censurado acerbamente la admisión a la suspensión de pagos del comerciante sin bienes suficientes para satisfacer los débitos, y que se pueda pedir la quita, esto es, no *suspender*, sino *cesar*, aunque sea parcialmente, en el pago.

Que haya cierta incongruencia entre el rótulo y el contenido no puede negarse, aunque es sorprendente la extrañeza de ello cuando en nuestro Código está regulada la llamada *suspensión de pagos* de compañías y empresas de ferrocarriles y obras de servicio público general, provincial y municipal (art. 930 y siguientes), en que ocurre lo que ahora se censura.

Pero el legislador se encontró, por una parte, con la carencia, en nuestro ordenamiento jurídico general, del concordato preventivo de que antes os he hablado, tan útil y tan generalizado, y cuya urgente necesidad hacía patente, tal vez, el caso grave del Banco de Barcelona, antes aludido; institución que de suyo es preliminar, pues preventivo se llama, a la quiebra. Y por otra, que en nuestro derecho no existía otro estado de esta naturaleza preliminar sinó la suspensión de pagos que como de preliminar la calificaba la exposición de motivos, y así venía considerándose, e introdujo en nuestra legislación el ansiado concordato preventivo en la misma ley

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

que regulaba el procedimiento de la suspensión de pagos.

Que ello pudo hacerlo, es evidente. Las Cortes eran soberanas; el Código de comercio que pedía la ley procesal, ni era la irreformable Constitución ni podía condicionar la labor de las Cortes, con potestad para reformarlo, como lo hicieron.

Que sea poco artístico el método, no cabe duda. Que una ley que, por su génesis y por su artículo primero, en función aparente de norma delimitadora de la materia, se presentaba como de contenido puramente procesal (1), contenga trascendentales normas de derecho sustantivo, y que esto lo haga sin manifestación clara y explícita, y más cuando con ellas modificaba preceptos del Código de Comercio (2), que venía a regular procesalmente, no es lo más loable en el arte de la legislación.

Pero en el fondo, y en general, la ley merece aplauso (3).

Que en virtud de ella haya desaparecido de hecho la

(1) Hasta el punto de que el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de marzo de 1928, expuso una doctrina demasiado absoluta respecto al carácter procesal de la ley, rectificadas por las de 4 de junio de 1929, 23 de abril de 1931 y otras, que proclaman que en la ley hay importantes normas sustantivas.

(2) Por eso hay discrepancia en los autores sobre si los artículos 870 al 873 subsisten o no. GONZÁLEZ DE ECHEVARRI y MIGUEL Y ROMERO (*Comentarios a la ley de Suspensión de pagos*, 2.^a edición, 1932, pág. 153) entienden que han quedado derogados o por lo menos sin aplicación; en cambio, BENITO (*Manual*, núm. 3.095) y GARRIGUES (*Curso*, tomo II, pág. 714) los entienden vigentes en lo que no estén modificados. Y en cuanto al importante precepto del plazo perentorio de cuarenta y ocho horas para solicitar la suspensión, de que expresamente nada dice la ley del 22, el Tribunal Supremo (sentencias del 29 de diciembre de 1927 y 3 de julio de 1933) lo entiende suprimido por el pensamiento de la ley nueva, resolviendo que puede solicitarse siempre la suspensión mientras los acreedores no se hayan adelantado obteniendo la declaración de la quiebra.

(3) No es éste el juicio que, entre otros, merece a mi muy querido y siempre admirado colega de la Universidad de Valladolid DON JOSÉ MARÍA GONZÁLEZ DE ECHAVARRI, quien como senador propuso una enmienda, convertida en artículo adicional de la ley, según la cual ésta tenía carácter transitorio, pues pasados cuatro años podía cesar, resurgiendo el régimen que modificaba. Han transcurrido cuatro años y aun cinco veces cuatro, y la ley persiste, y el régimen anterior no ha vuelto y no es de esperar, ni de desear, que vuelva.

clásica suspensión, ni es extraño, ni debe apenarnos hondamente.

La suspensión de pagos como institución sustantiva independiente, ya la he combatido. Su vida no ha sido ejemplar, por lo menos en las últimas épocas, y las instituciones análogas, como las moratorias italiana y argentina, han desaparecido, acompañadas de las más severas críticas de los mercantilistas.

Porque en Italia, la moratoria, restablecida por el Código de 1882, frente al del 65 que no la aceptaba (1), tan censurada por maestros como VIDARI (2), desaparece por la ley de 24 de mayo de 1903, que estableció el concordato preventivo; y en cuanto a Argentina, que también la admitía, fué combatida con dureza por el doctor Segovia (3), y eliminada del Código por la ley de 30 de diciembre de 1902, que reformó toda la legislación de quiebras y sustituyó el libro IV de aquél, y también Brasil, que admitía la moratoria o suspensión de pagos, la suprimió por ley de 17 de diciembre de 1908.

Y esto es lo que ha pasado en nuestra patria. Que de hecho, y aun de derecho, ha desaparecido la suspensión de pagos según sus rasgos tradicionales, aunque sigan llamándose así los estados que regula la ley de 1922.

Beneficios reportados.

La cual, no obstante sus defectos, siempre tendrá la gloria de haber traído a nuestra legislación, y con amplio criterio, el concordato preventivo, cuyos beneficios se han examinado.

Otra innovación absolutamente necesaria, e inexplic-

(1) Es curioso lo que nos dice MASÉ DARI en los *Comentarios* al Código de Comercio italiano por varios mercantilistas (Castagnola, Manara, Bolaffio, etc.), Turín, 1894, al comentar el art. 879 del Código, y es que el Senado aceptó la moratoria que en el proyecto figuraba *solamente* porque rechazada hubiese tenido que volver la cuestión a la Cámara de Diputados, y se hubiese dilatado la promulgación de la ley.

(2) *Corso*, núms. 8.543 y 8.546.

(3) *Exposición y crítica del nuevo Código de Comercio*, tomo III, página 470, notas al art. 1.584. Buenos Aires, 1892.

cablemente diferida largo tiempo, que contiene la ley, es la vigilancia e intervención del patrimonio del deudor, de que ya os he hablado al tratar del concordato preventivo (1).

Mientras la suspensión de pagos era una quiebra, las medidas de este procedimiento en protección de los acreedores afectaban a aquélla. Pero cuando en 1885 se le declaró independiente y dejó de estimársele quiebra, cesaron de aplicársele. Y como el régimen de la quita y espera, a cuya tramitación fué sometida, por no haber otro más análogo en nuestro derecho, no las contiene, el comerciante en suspensión de pagos gozó de un tratamiento legal absurdo, de escandalosa injusticia, inexplicablemente no remediado ante la protesta general del comercio y acres censuras de la doctrina.

Porque a partir de 1885, el comerciante que suspendía pagos, paralizaba con ello toda ejecución, viéndose libre de las reclamaciones de sus acreedores; pero conservaba su plena capacidad para contratar, vender, accionar en juicio, proseguir explotando su negocio con libertad rayana en el menosprecio de sus acreedores, que habían de verlo *pacientemente*, pues la ley no les daba medios, o más bien, se los había prohibido, para evitarlo, y que en cierto modo había concedido al deudor la vida ideal de los desaprensivos más despreciables: cobrar y no pagar.

Y todas las personas honradas protestaban de ello, y los autores la censuraban; baste citar a BLANCO CONS-TANS (2), ALVAREZ DEL MANZANO, BONILLA Y MIÑANA (3) y DURÁN Y VENTOSA, en su adaptación de las Instituciones de MARTÍ DE EIXALÁ al Código vigente (4).

(1) En el Código de Comercio para la Zona de influencia española en Marruecos se admitió la intervención. Y también, aunque muy pobremente, en la suspensión de pagos de Compañías de ferrocarriles y obras de servicios públicos (art. 4 de la ley de 2 de enero de 1915). Mas esta intervención no se extendía al régimen general, que estaba totalmente huérfano de ella.

(2) Ob. cit., tomo I, págs. 707 y 708.

(3) Ob. cit., tomo I, pág. 299.

(4) *Instituciones de Derecho mercantil de España*, novena edición, 1911, pág. 499.

Y ni lo previno el Código de 1885 al arrancar la suspensión de pagos de la quiebra, ni la ley de 1897 se ocupó de tal desastre, ni se ha atendido a su remedio hasta la ley de 1922.

Según ella, quien suspende pagos, *aunque tenga superávit*, sufre una disminución de capacidad, y *desde el primer momento* ve intervenido su negocio, perentoriamente por el juez, mientras los interventores no comienzan a desempeñar su cargo, y luego por éstos. Y en virtud de la intervención, que dura desde que se solicita la suspensión hasta que la propuesta de convenio sea aprobada, y aún puede prolongarse hasta el cumplimiento del convenio, el deudor no podrá verificar sin los interventores cobro alguno, ni aceptaciones, endosos o protestos, ni contraer obligaciones, celebrar contratos o verificar pagos, y aunque continúe las operaciones ordinarias de su tráfico, ha de ser con acuerdo de los interventores que inspeccionan la contabilidad, y si infringe estas reglas, no sólo son nulos e ineficaces sus actos, sino que incurre en la responsabilidad penal de la *estafa*. Y por otra parte, la providencia de tener por solicitada la suspensión, que ha de dictarse con toda urgencia, se publica para conocimiento de todos y se anota en el Registro de la propiedad donde estén inscritos los bienes inmuebles del suspenso, con lo que la prohibición de disponer de éstos perjudica aun a terceros hipotecarios en beneficio de la masa de acreedores (1).

Con ello queda en el fondo y con su finalidad aplicada a la suspensión de pagos, y del modo apropiado a ella, la desposesión de bienes del deudor que existe en la quiebra. Y en elogio de la ley española ha de decirse que lo ha sido más científica y completamente regulada que en legislaciones extranjeras, cuando la disciplinan en el concordato preventivo.

Y esta institución de la intervención hace aparecer, por consiguiente, con caracteres nitidos, la formación de masa de bienes, lo que unido a la formación de masa de

(1) Véanse para completar este resumen los arts. 4.º, 5.º y 6.º y concordantes de la ley.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

acreedores que al tener por solicitada la suspensión se produce, imprime a la suspensión de pagos los rasgos característicos de la quiebra, aunque se diferencie de ella por el modo como pretende solucionar la situación anormal del comerciante, que no es por la liquidación, sino por el convenio, a cuyo logro se encamina el procedimiento.

El cual esquemáticamente se reduce a que presentada la solicitud por el deudor, con los documentos que la ley señala y los libros de su contabilidad, por lo cual el comerciante que no la ha llevado se ve privado de ir a la suspensión de pagos (1), dicta el juez inmediatamente, para que los efectos de la suspensión no se demoren, providencia, *teniendo por solicitada la suspensión*, acordando su publicidad, nombrando interventor (dos técnicos y un acreedor, o un acreedor tan sólo, según los casos), etc. Informado por los interventores, dicta el juez después otra resolución: la de *declarar* al deudor en *estado de suspensión de pagos*, y en ella determina en qué clase de insolvencia se halla, pues una de las características de la ley es admitir dos clases de insolvencia, la provisional y la definitiva; la primera, si no existe déficit, y la segunda, en caso contrario. Locuciones más o menos propias, pero basadas en el criterio de que si el deudor tiene bienes bastantes, *podrá* pagar el todo, de suerte que el no poder pagar es situación interina; pero no lo pondrá *nunca* en caso contrario.

Síntesis del procedimiento.

Si estima que la insolvencia es provisional, convoca junta (2), que se celebra previo sumario reconocimiento

(1) Ya lo hizo notar el Fiscal del Tribunal Supremo en su Circular de 16 de noviembre de 1922.

(2) La ley permite, sin embargo, que cuando los acreedores sean más de 200 puedan las adhesiones a la propuesta hacerse por escrito y singularmente.

Tal régimen era nuevo en nuestro ordenamiento jurídico para el procedimiento general, aunque para convenios de las compañías de ferrocarriles estuviere admitido por leyes de 1869 y 1896.

En cambio SALGADO DE SOMOZA (op. y loc. cit., núms. 67 y siguientes) nos dice, al hablar de la *industria*, que había lugares donde

y clasificación de créditos, y en la junta se discute la propuesta y se concierta el convenio si obtiene las *mayorías* necesarias, convenio aprobado por el juez si no hay, o se ha denegado, la oposición que a él se haga, y que liga a *todos* los acreedores, salvo los de ciertas condiciones que la ley señala.

Si la insolvencia es declarada definitiva y no se convierte en provisional por la consignación o afianzamiento del saldo deudor, y no se pide el sobreseimiento o la quiebra, se procede como en la provisional, es decir, convocar a junta, etc.

La retroacción en la insolvencia definitiva.

Pero apareciendo ante el legislador la insolvencia definitiva con rasgos más similares a la quiebra que no la provisional (es la consecuencia de no distinguir entre desequilibrio económico, quiebra, y desequilibrio contable, déficit, sobre lo que ya os he hablado al principio), ordena que le acompañen dos instituciones de la quiebra, la retroacción y la calificación.

La retroacción, limitada a las acciones de impugnación (si bien el momento de cesación de pagos no debe ser el de la declaración, sino el de la presentación de la solicitud), resuelve en sentido afirmativo en nuestro derecho el problema que en el extranjero se discute de si el concordato preventivo (y la suspensión de pagos en España es el concordato preventivo, aun tratándose de insolvencia provisional) admite las acciones de impugnación. Pero tal vez más acertadamente se hubiese podido ir más lejos admitiendo también muchas de ellas, reguladas debidamente, en la insolvencia provisional y no limitándolas, como hace la ley, a la definitiva. Pues no parece de justicia que los acreedores se vean perjudicados con la *demora* o la *rebaja* de sus créditos, que ambos convenios caben actualmente en la insolvencia provisional, por actos que han disminuído el patrimonio

por costumbre, que debía ser guardada, se podía obtener la concesión, *sin reunión de los acreedores, pidiéndola a singulis separatim, creditoribus et privatim et postquam majoris partis assensum habent* se solicitaba la aprobación de la autoridad.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

del deudor o provocado su *iliquidez*, causando así aquella insolvencia provisional que les daña, o por haber elevado a un acreedor, con infracción de la norma *par conditio omnium creditorum*, a condición privilegiada, al concederle hipoteca las vísperas de pedirse la suspensión, etcétera; y que, ante todo ello, la ley no otorgue los medios expeditos que para la quiebra establece. Considérese que estas acciones de impugnación se otorgan en *todas* las quiebras, sin atender a la relación entre el activo y el pasivo, y que puede haber y hay quiebras con superávit. ¿Qué razón, pues, abona no admitirlas en la insolvencia provisional, que económicamente es una quiebra con superávit? Y adviértase que si sobreseído el expediente de insolvencia provisional se llevase el deudor a la quiebra, *entonces* (¿y por qué no antes, como si de suyo exigiesen el cortejo de los daños de la quiebra?) tendrían los acreedores abiertas por la ley de par en par las puertas de esas acciones.

Al traer a la suspensión de pagos, con insolvencia definitiva, la *calificación* que para las quiebras establece el Código demuestra la ley que para ella no se necesita el requisito de la buena fe para acogerse a la suspensión. *La calificación.*

Punto es éste discutido en la doctrina, cuya generalidad se inclina por la afirmativa, y hasta el Tribunal Supremo (1) la suscribe rotundamente al decir que la suspensión de pagos es «una situación que *rectamente establecida*, sólo tiene lugar en casos de absoluta irresponsabilidad penal del comerciante infortunado en sus negocios, sin culpa ni dolo en perjuicio ajeno».

Y absteniéndome, por el profundo respeto que profeso a la dignidad y sabiduría de tal alto Tribunal, de hacer las observaciones sobre el aspecto doctrinal y dificultades prácticas de la tesis, me remito a lo expuesto al hablar de los concordatos, y ya habéis visto que ni el Código de 1829, ni el Código del 85, ni la ley de 1897 lo exigían, ni en la práctica se guardaba, y la ley de 1922 lo ha

(1) Sentencia 21 abril 1931.

eliminado totalmente al contener disposiciones que lo excluyen.

Introducida, pues, la calificación de la insolvencia definitiva, puede haber, como en las quiebras y según las mismas normas para determinarlas que en ésta, insolvencia definitiva, fortuita, culpable y fraudulenta.

¿Qué efectos producirá esta calificación?

La de la quiebra, si no es fortuita o, en casos especiales culpable, abre la puerta al procedimiento criminal para penar el delito típico de la insolvencia punible.

¿Ocurrirá aquí lo mismo? Los señores GONZÁLEZ DE ECHEVARRI y MIGUEL Y ROMERO (1) opinan que no. Pero el Tribunal Supremo, en la sentencia hace poco citada, con mayor fundamento racional a mi modesto entender, se inclina a la afirmativa, si bien eso lleva como consecuencia extender, aunque tomando pie de la ley del 22, la condición de *quebrado*, que exigen los artículos 537 y 538 que el Supremo señala (2), al que no es sino suspenso. Y es que el suspenso con insolvencia definitiva, y a mi entender también el de insolvencia provisional, es en esencia quebrado, aunque la ley no lo llame así.

En el orden mercantil, el problema es más difícil. Pero entiendo que impuesta una pena que lleve consigo la inhabilitación o suspensión, no podrá continuar el deudor al frente de su negocio durante el cumplimiento de la condena. Y esto no ya por imposibilidad de presencia *física*, que si por eso fuese produciría, lo que no puede admitirse, el mismo efecto un arresto gubernativo, sino por imposibilidad de presencia *jurídica*. Que esa expulsión del negocio puede de rechazo afectar al convenio todavía no cumplido, es evidente. La ley no da solución específica para este supuesto; antes al contrario, ordena que los fallos que los Tribunales de lo penal dicten dejarán subsistente el convenio. Pero esto, que se refiere a esfera civil, no puede extenderse a que por cláusulas de convenio de naturaleza privada quede frustrada una ley penal.

(1) Ob. cit., pág. 268 a 69.

(2) Correlativos a los 512 y 513 del vigente Código.

Habría, pues, que aplicar las normas generales del derecho teniendo en cuenta las anteriores consideraciones.

Lo que sí que cabría, en cambio, a mi entender, es que la declaración *civil* de insolvencia fraudulenta no impidiese, inhabilitando al suspenso concordado, ejercer *aquel* comercio en el convenio concertado, y que fué aprobado por el mismo juez, pues los intereses en juego son distintos que en el caso anterior. Pero bueno fuera que la ley lo declarase terminantemente, o regulase tal caso con las restricciones o amplitud que se creyeran oportunas. De todo lo cual os he hablado más extensamente al tratar del concordato preventivo.

Como habéis visto, la fraudulencia no impide celebrar el convenio, y ni aun el castigo penal de la fraudulencia afecta, en principio, al convenio que según la ley (1) quedará subsistente, viniéndose así a admitir en nuestro derecho lo que he defendido al estudiar los concordatos, a saber: que el convenio con los acreedores debe ser permitido aun a los insolventes fraudulentos.

Otro punto digno de mención contiene la ley al hablar de la calificación. Extiende la responsabilidad por la insolvencia a los Consejeros o Gerentes de las Compañías que soliciten la declaración de suspensión de pagos.

Venían considerándose las sociedades anónimas como un filtro mágico por el que pasaba, para actuar en el orden de la riqueza, sólo el *homo economicus*, quedando a la otra parte el social, moral y espiritual, y que sobre tales sociedades, único ente que ante la ley actuaba, no pesaron más deberes y responsabilidades que los puramente económicos, como puro *homo economicus*, sin que tampoco los restantes se imputasen a nadie, porque nadie más era sujeto de la relación. Sociedad de capitales, *no de personas*, se dice que es la sociedad anónima. Y arrastrando esta afirmación hasta sus últimas consecuencias, y trayendo y llevando el comodín de la personalidad jurídica de la sociedad, se ha llegado al siguiente sarcasmo:

(1) Art. 20, párrafo último.

que la parte espiritual que en todo acto humano existe, con sus leyes sociales y morales, si los actos se realizan *en nombre de la sociedad*, aunque sea por sus socios, *no pasa* por endósmosis, a la sociedad, entidad puramente económica y enteramente amoral; pero que los resultados *beneficiosos* de la actividad económica de la sociedad sí que pasan, por exósmosis, a quienes quedaron a la parte de allá del filtro liberatorio.

Cuán absurdo en un recto orden moral y jurídico sea esto, no lo he de ponderar; y cuán graves daños ha acarreado a la vida social, acaba de recordárnoslo el Sumo Pontífice reinante, el santo y atribuladísimo Pío XII, en el memorable, sentido y acertadísimo discurso dirigido al mundo entero el día primero de septiembre último, con motivo del quinto aniversario de la guerra, cuando se refería a las «concentraciones de bienes económicos que OCULTOS *frecuentemente* BAJO FORMAS ANÓNIMAS, LOGRAN SUSTRAERSE A LOS DEBERES SOCIALES».

Pues bien; esto ocurría en las sociedades anónimas, por lo que se refiere a la calificación de la quiebra, que lograban sustraerse a ella y, sobre todo, a la sanción penal que puede derivarse.

¿Queréis la prueba? No os la daré yo, sino la propia exposición de motivos del Código. En ella, hablando de la quiebra de las sociedades anónimas, se dice: «Si el proyecto dispensa a estas sociedades de la regla general que prohíbe al quebrado presentar proposiciones de convenio antes de la calificación de la quiebra... es porque no existiendo realmente una persona que en concepto de quebrada *deba quedar sujeta a un procedimiento especial* LA CALIFICACIÓN DE SU CONDUCTA NO TIENE LOGAR.» Y en efecto, el precepto, cuya explicación nos da la exposición de motivos, aparece en el artículo 929 del Código de Comercio.

La ley de 1922 sigue otro criterio más racional, más ético, y es el de someter también a calificación a las sociedades anónimas en insolvencia definitiva, y sujetar a su responsabilidad a los consejeros y gerentes.

Mas si estas disposiciones de la ley merecen pláce-

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

mes, yo desearía poderlos tributar más aún de no haber restringido la calificación a la insolvencia definitiva.

Es evidente que la insolvencia, aun provisional, acarrea daños, a veces muy graves, a los acreedores; es evidente, asimismo, que esos daños se derivan de no poseer capital *liquido* suficiente, y no cabe, por último, la duda de que esa *iliquidez* puede haberse producido por actos culposos y aun, tal vez, aunque raramente, dolosos (1) del deudor.

Y si esto es así, ¿por qué no sancionar esa conducta que acarrea daño?

La quiebra con superávit está sujeta a calificación, y no se ve por qué no ha de estarlo la suspensión del mismo carácter, ya que, por otra parte, la riqueza no envuelve la buena fe.

Por eso hubiera sido de desear que la ley, siguiendo la sana orientación del proyecto presentado a las Cortes por el señor BERTRÁN Y MUSITU, hubiese extendido, con las modificaciones que hubiese creído procedentes, la institución de la calificación a la insolvencia provisional (2).

La consecuencia que en la vida jurídica ha tenido la

(1) Y aun otros que no dolosos de suyo determinan según el Código la fraudulencia de la quiebra, v. gr.: los del núm. 7 del art. 890, pues al distraer esos fondos *liquidos*, aunque el deudor tenga bienes que los cubran, puede con tal hecho haber producido la *iliquidez* de patrimonio, causa del daño a los acreedores, y hasta haberlo podido prever con mediana diligencia.

(2) El proyecto presentado a las Cortes por el señor BERTRÁN Y MUSITU, limitaba la suspensión de pagos al supuesto de carencia de déficit, esto es, a lo que ahora se llama insolvencia provisional. Y ello no obstante, después de desenvolver en el artículo primero todo lo relativo al procedimiento tenía otro artículo, el segundo, que decía así: «El Juez, a instancia del Ministerio Fiscal, o de la Comisión interventora o de acreedores comunes que representen, por lo menos los dos quintos del importe de los créditos de esta clase, podrá tomar las medidas necesarias para el aseguramiento de las *responsabilidades* en que hayan podido incurrir el suspenso o los administradores, directores o consejeros de las sociedades de que se trata. Las responsabilidades a que se refiere el párrafo anterior, serán determinadas en pieza separada de la *calificación de suspensión*, a cuya tramitación y resolución se procederá, aunque llegue a celebrarse convenio con los acreedores.»

ley de 1922 es que el procedimiento de quiebra, como solución al estado anormal del comerciante, ha sido herido como de muerte.

Ningún comerciante, salvo casos muy extraños, como no sea un desatentado, solicitará la quiebra, y más cuando ha desaparecido la perentoriedad del plazo para pedir la suspensión. Acudirá a ésta.

Y a instancia de los acreedores, si éstos deciden iniciarla, quizá sea más para provocar que el deudor reaccione pida la suspensión que no con esperanza de que prospere. Ya que si, advertido de ello el deudor, se les adelanta solicitando la suspensión, y alcanza la resolución de tenerla por solicitada, trámite rapidísimo, antes de que la *declaración* de quiebra se pronuncie, el procedimiento de quiebra no puede proseguir.

Después de todo, la quiebra, con su complicadísimo procedimiento, necesitaba reforma radical, y la nueva ley, que no ha olvidado la defensa de los intereses públicos imponiendo la intervención del Ministerio fiscal en *todo* el procedimiento de suspensión de pagos, ha venido, consciente o inconscientemente, aunque de modo indirecto, frente a la quiebra, a imitar la conducta de Alejandro ante el nudo gordiano.

La suspensión de pagos de las compañías de ferrocarriles y demás obras públicas.

Cuanto os he dicho sobre la ley de 1922 se refiere a la suspensión de pagos de los comerciantes individuales y sociedades en general, pues por disposición de la misma ley no se aplica a las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas de servicio público general, provincial o municipal.

La suspensión de pagos de estas entidades se rige por el Código de Comercio y leyes especiales (1), y además hay leyes a su favor que les facultan para celebrar convenios con sus acreedores, sin presentarse en suspensión de pagos (2).

Acerca de ello sólo quiero hacer notar que el concepto

(1) Art. 940 y sigs. del Código, leyes de 12 de noviembre de 1869 y 2 de enero de 1915.

(2) Leyes de 19 de septiembre de 1896 y 9 de abril de 1904.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

de suspensión de pagos para estas Compañías, no es el que clásicamente viene sustentándose, concretado en las Ordenanzas de Bilbao y recogido en la ley de 10 de junio de 1897, de que se posean bienes suficientes y el convenio sea sólo de espera, con lo cual se da en el Código el contrasentido de llamar en un mismo título (el primero del libro IV), suspensión de pagos a instituciones de distinta índole; una la suspensión de pagos tradicional, y otra un verdadero concordato preventivo muy pobremente regulado.

Además, esta suspensión de pagos es también, en otros aspectos, distinta de la contemplada en la ley del 22.

Para ésta es un pleno derecho del deudor, que utilizará o no, y ningún acreedor puede exigir la suspensión, que es enteramente *voluntaria*. En cambio, para las sociedades a que me refiero, es *forzosa* en el sentido de que los acreedores tienen derecho a instarla; y forzosa, además, porque no pueden los acreedores promover la quiebra sin pasar antes por el portazgo de la suspensión, que adquiere de tal suerte, mejor que la suspensión ordinaria, la condición de estado *preliminar* de la quiebra.

Y otra notable particularidad de estas suspensiones de pagos es la de que las causas por que pueden los acreedores solicitarla son las que, tratándose de otros comerciantes, les permiten pedir la quiebra, que ésta no pueden instarla sino fundándose en el fracaso de la suspensión.

Pero hay un caso en que las suspensiones de pagos de tales compañías, puede ser solicitada con cierta modificación de este requisito causal, por un grupo de acreedores: los obligacionistas, de los que forma la ley un grupo aparte de acreedores más protegidos. Y es la suspensión de pagos establecida por el art. 3.º de la ley de 2 de enero de 1915, a la que el Tribunal Supremo denomina suspensión de pagos *específica* (1).

Porque es el caso que las citadas compañías, preva-

(1) Sent. 13 octubre 1934.

liéndose de la facultad que tenían de proponer convenios con sus obligacionistas, sin ir a la suspensión de pagos, recurrían a ese expediente medio y dejaban de pagar cupones o amortización, pero seguían funcionando normalmente en la parte beneficiosa para ellas. Esto es: la situación escandalosa en que se hallaba antes de 1922 el comerciante que suspendía pagos.

Y el legislador que ante ésta permanecía inactivo, al observar los grandes males que a la cotización de títulos de compañías, tan ligadas a la riqueza pública, sobrevenían por aquel desamparo de los acreedores (1), dictó para remediar los males que al crédito español con ello se irrogaban, las normas de la suspensión de pagos específica.

No es ocasión ésta de estudiarlas, sino sólo me he propuesto indicar su existencia como uno de los modos que la ley da para solucionar la situación anormal del comerciante; pero sí que os he de hacer notar, a su vista, cómo va apareciendo en nuestro derecho la necesidad de regular el régimen de los obligacionistas, y diferenciarlos de los otros acreedores.

VI. SOLUCIONES PARA CASOS EXTRAORDINARIOS

He expuesto hasta ahora las soluciones que con régimen común tiene nuestra legislación, y que consigna la doctrina en general.

Pero situaciones o consideraciones excepcionales provocan otras soluciones.

Por ejemplo: El artículo 955 del Código de Comercio, último de este Cuerpo legal, faculta al Gobierno, en caso de guerra, epidemia oficialmente declarada o revolución, para suspender la acción de los plazos señalados en el Código para los efectos de las obligaciones mercantiles,

(1) Llegaron a no cotizarse los títulos en Bolsas extranjeras, ante el temor de que acudiendo las Compañías a aquel subterfugio del convenio, suspendiesen el pago del cupón y amortizaciones.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

y todos vosotros tenéis presente las moratorias que, no ya para el comercio, sino para todo deudor en general, se decretaron con motivo de la guerra de Liberación.

Las guerras provocan desórdenes económicos generales y graves, y el Estado tiene que acudir a remediarlos en lo que pueda.

Recordaréis que os he dicho que la introducción del concordato preventivo en Alemania, comenzó por Ordenanzas decretadas con motivo de la guerra anterior a la que nos acongoja.

Francia, con ocasión de esa guerra, dictó una ley transitoria singular, la de 2 de julio de 1919, titulada «Institution d'un reglement transactionnel pour cause générale de guerre entre les commerçants et leurs créanciers», que buscó el medio de que el comerciante pudiese solucionar su estado de cesación de pagos de modo rápido, fácil y sin lesión en su nombre.

Para ello suprime la publicidad; la determinación de los créditos se hace mediante examen por el administrador (denominación falaz, pues no administra) nombrado por el juez y el comerciante que ha presentado el balance, y el mismo *convenio*, si sólo es de espera, lo acuerda, no los acreedores, sino el Tribunal.

Y otros países se han visto también impulsados a dictar disposiciones especiales para estos casos generales y transitorios.

Pero a las que quiero principalmente referirme, si bien sea muy sucintamente, es a las establecidas de modo permanente, aunque para situaciones no generales.

Me fijaré en dos, reguladas sistemáticamente por Italia en su ley de quiebras de 1942: la administración intervenida y la liquidación coactiva administrativa.

A la administración intervenida puede acudir el comerciante inscrito, no sometido a quiebra o concordato en los cinco años últimos y no condenado por bancarrota u otros delitos que la ley menciona, cuando se encuentra en dificultad temporal de cumplir sus obligaciones.

El fin es que se intervenga la gestión de la empresa y la administración de sus bienes en tutela de los intereses



de los acreedores por un período que no exceda de un año.

Nombrado un comisario judicial, y convocados los acreedores, si éstos por mayoría aceptan la propuesta y es aprobada judicialmente, se nombran tres o cinco acreedores que asisten al comisario judicial en su función.

Si en cualquier momento la administración no puede ser útilmente continuada, se declara la quiebra, salvo que el deudor promueva el concordato preventivo.

La otra institución es la llamada *liquidazione coatta* o *liquidazioni coattiva amministrativa* (1).

El Estado, en los casos de ejecución procesal individual, no interviene. En los de ejecución colectiva, interviene algo, mediante la presencia del Ministerio fiscal. Mas la finalidad de esta intervención es más mirando a fines penales que al bien de los acreedores.

Pero ante difíciles circunstancias económicas de entidades públicas o semipúblicas, sometidas a la vigilancia del Estado, o de extraordinaria repercusión en el país, ha intervenido para facilitar la liquidación, dando normas especiales. Y así, en Francia se dictó una ley especial para la liquidación del Canal de Panamá, y las liquidaciones coactivas desde fines del siglo XIX y principios del XX han ido extendiendo su campo de aplicación.

Porque en la tendencia cada vez más acentuada de intervención del Estado por su actividad administrativa, han influido a este respecto dos consideraciones: Primera, que hay empresas que por su propia naturaleza agrupan muchos acreedores, ejemplo, los Bancos, las Cajas de Ahorro, las Sociedades de seguro; y que estos múltiples acreedores, como dice LORDI (2), profesor de la Universidad de Nápoles, están desorganizados, son inexpertos y, en general, pequeños acreedores. Son la parte débil en su lucha con las empresas. Y así como en el derecho del trabajo una de las razones que se da para la

(1) Una exposición de la institución puede verse en CANDIAN, *Liquidazione coatta amministrativa*, 1940.

(2) *Riv. dir. com.* Marzo-abril 1941, de quien tomo muchos datos.

mayor protección legal del obrero es su consideración de parte débil en relaciones que, por ser generales a la sociedad, afectan al bien social, por la misma razón, aquí el Estado debe preocuparse de proteger aquella numerosa parte débil de acreedores.

Es la segunda que al Estado le interesa fomentar el ahorro, el pequeño ahorro, cuyas conocidas y múltiples ventajas para la sociedad le convierten en interés público; y el Estado ve este interés público en la protección de tantos pequeños y débiles ahorradores, pues el fracaso en sus derechos esterilizaría el ahorro y los desalentaría para practicarlo en lo futuro.

Pero cuando guerras gigantescas ocasionan profundas perturbaciones en la economía, esas consideraciones se hacen más apremiantes y el Estado, para atenderlas, acude a los medios técnicos aptos para remediar el mal.

Y por eso, y porque, dadas las ventajas de la liquidación coactiva, tan evidentes que ha hecho preguntarse a muchos cómo un remedio tal se ha inventado tan tarde, se entiende que es aplicable a entes privados, y por ello su extensión y arraigo ha ido creciendo a partir de la guerra de 1914-1918.

Ya hacia el fin de ella se dictó en Italia un decreto en 15 de agosto de 1918, por el que, comprobada la deficiencia de activo de una sociedad de seguros sobre la vida, e invitada infructuosamente a repararla, el ministro de Industria nombraba un Real Comisario para liquidar la empresa.

Tres años después, en 1921, se organizó más ampliamente la liquidación coactiva, concediendo a la administración poderes para proponer un convenio. Régimen aplicado a la *Banca Italiana di Sconto*, con cuyo motivo se promulgaron múltiples disposiciones, y por Real Decreto de 8 de febrero de 1925, teniendo presente la imposibilidad de recabar uno a uno de los millares de acreedores la adhesión al convenio, se modifican las reglas generales para lograrla. La propuesta de convenio es examinada por el Real Comisario y tres acreedores peritos en materia bancaria, y si apreciadas las circuns-

tancias financieras de la empresa obtiene su aprobación, puede acordarse el publicarla en la *Gazzetta*, para que los discordantes se opongan en plazo que se fija. A quienes nada manifiestan se les estima adheridos a la propuesta.

Esta institución, cuya función, según RAFFAELI (1) es prevenir la imposibilidad de pagar antes de que se haya manifestado irreparablemente, siempre que por la actividad del ente si se manifestase sería particularmente peligroso por el amplísimo círculo de intereses a que afectaría, tiene un principio de regulación sistemática en la ley de quiebras de 1942, donde, por el entrecruzamiento con la acción administrativa, se deja amplio margen a las disposiciones especiales de esta índole.

Estas instituciones de intervención administrativa para solucionar, o provocar la solución, de estados anormales las hay también en otros países.

Portugal. Portugal, por ejemplo, por Decreto-ley de 27 de agosto de 1940, reglamenta una liquidación especial para los Bancos. Ante la situación deficitaria de uno de éstos, la Administración da la orden de que suspenda pagos y se reconstituya en el plazo de noventa días. Los acuerdos de dos terceras partes de créditos ordinarios producirán efectos para la reconstitución, siempre que sean aprobados por el Inspector del Comercio Bancario, basándose en el informe del Comisario. El convenio, ratificado por el Ministro de Hacienda, es obligatorio, incluso para los acreedores privilegiados. Si en el plazo de noventa días no se restablece la normalidad, el ministro de Hacienda revoca a la empresa la autorización para ejercer el comercio bancario.

España. España, que con motivo de su pasada guerra de Liberación ha tenido que formular mucho derecho de post-guerra, nos presenta, en lo que más atañe al tema de este discurso, la importantísima ley transitoria de 5 de

(1) *Riv. dir. com.*, julio-agosto 1941.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

diciembre de 1941, dictada para regularizar las cargas financieras de las sociedades de todas clases, en situación anormal a causa de la guerra. Y en ella se contienen facilidades para salir de la anormalidad, reglas especiales para los convenios e intervencióón del Poder público para su aprobación.

La conmoción económica en que nos encontramos obligará a todos los Estados a buscar soluciones a las situaciones anormales que se presentarán, y necesitarán los Poderes públicos medios jurídicos técnicos para ello.

Los principales que a mi entender existen os los he expuesto.

Su estudio dirá cuál de ellos es más apto para el fin perseguido, qué perfecciones deberán añadirseles, o si más bien, por estimarlos inapropiados, es necesario utilizar otros nuevos, que siempre habrán de tener en cuenta los elementos básicos que, arrancando del derecho romano, vienen inspirando tantos siglos (1) a aquellos de que os he hablado.

La técnica a seguir es difícil señalarla específicamente, por la necesidad de atender a intereses contrapuestos en régimen de volumen y agudeza inusitados.

Pero hay que tener en cuenta, como principio directivo que, cuando muchas e importantes empresas se hallan en peligro de desaparecer, el interés del bien público es conservar en cuanto se pueda las empresas de producción, esenciales para la vida social, sacándolas de la anormalidad en que no pueden desenvolverse, aunque ello pueda suponer perjuicios a los acreedores frente a un régimen normal. Que de la gigantesca catástrofe económica que nos amaga, a todos han de llegar las salpicaduras.

(1) LORDI, en el artículo citado, consigna relaciones esenciales de la liquidación coactiva con la quiebra.

Se ha dicho (a) que la liquidación coactiva es la quiebra de los ricos. Ello no podrá ser cierto, pero evidencia la conexión entre ambas instituciones.

(a) Véase SATTI, profesor de Génova. *Riv. dir. com.* Noviembre-diciembre 1941.

Alocución final. He terminado mi modesto trabajo, pero antes de abandonar la tribuna, permitidme, dignísima concurrencia, que me dirija a los escolares para dar la bienvenida a los que ingresan en la Universidad, y congratularme de que los que ya en ella estaban, prosigan con anhelo de adelantar en sus estudios. Se abre ante vosotros, queridos estudiantes, un nuevo curso, un espacio de tiempo que con gran complacencia de la sociedad entera vais a dedicar a cultivar vuestro espíritu y adquirir ciencia.

Pues, mirad: la Universidad de Oxford, en su reloj dirige a los que a ella acuden, sabia advertencia mediante la inscripción *pereunt et imputantur*. Las horas transcurren y son imputadas.

Sí. El tiempo pasa, pero nos es imputado. Cuando terminada la hora de clase el bedel lo anuncia y la clase acaba, la labor diaria de aquella disciplina ha concluido; pero como contrapartida ha surgido una responsabilidad: el tiempo nos es imputado. Y ante la conciencia y ante la sociedad hemos de dar cuenta, unos y otros, de su empleo y aprovechamiento.

Cuando en distintas etapas del curso estalla el alborozo juvenil ante las vacaciones que comienzan, la austera leyenda de Oxford, como mudo eco de aquellos jubilosos gritos, recuerda insistentemente: *imputantur*. Esos meses ya transcurridos, queridos escolares, os son imputados; y el descanso que principia no tiene razón de ser sin trabajo de que descansar.

Cuando al finalizar el curso, el haber adelantado uno más en vuestros estudios inunda de gozo vuestro espíritu, debéis tener presente la advertencia implacable del *imputantur*. Aquel año, hundido en el pasado no es algo que se ha extinguido totalmente. Se ha transformado en responsabilidad. Las disciplinas cursadas ya no tenéis que volverlas a estudiar en la Universidad. Con la papeleta de examen se os da patente de que las conocéis. Pero, ¡ay de vosotros si así no lo fuese! Son instrumentos de trabajo a realizar en la sociedad, y si carecéis de ellos, si ignoráis lo que os aprobaron, vuestra labor será, aun más que estéril, afrentosa.

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

Y cuando se presente ante vuestra fantasía la seductora imagen de alcanzar el fin de los estudios y salir de este entrañable recinto universitario, con vuestro título profesional y con el júbilo legítimo de haber concluido ya la carrera, no miréis tan sólo que habéis terminado ya los estudios y podéis ocupar un puesto brillante, no; sino que ha de resonar, más que en vuestros oídos en vuestras conciencias, aquel inexorable *imputantur* de Oxford; los cursos académicos que os restan, y cuyo transcurso veloz ansiáis, os serán imputados.

Y si mañana queréis oír de la sociedad y de vuestra conciencia aquella laudatoria frase del Evangelio, dirigida al siervo que hizo fructificar los talentos recibidos. *euge, serve bone et fidelis*, y recibir el galardón que se le otorgó *intra in gaudium Domini tui*: entra a deleitarte en los puros placeres que la sociedad te ha preparado; entra en los Palacios de Justicia para defender el derecho; en las mansiones del doliente para aliviarle y curarle; en los archivos patrios para escrutar la verdad histórica, o en los laboratorios de las ciencias experimentales para desentrañar los secretos de la naturaleza, y todo ello dignamente, trabajad hoy en vuestros estudios, preparaos desde hoy intensamente para la futura labor. No miréis la Universidad como obligatoria *sala de espera* donde paciente y estérilmente habéis de permanecer los años que la legislación señala, hasta el momento en que os permita montar en la señorial carroza de la profesión que elegisteis; que la vida universitaria no es forzado pasar el tiempo, sino organización para hacerlo fructuoso.

No os arredréis ni desalentéis ante lo que pueda parecer poco práctico o ameno en enseñanzas que os den los ilustres profesores de esta Universidad. Son los fundamentos de la doctrina, y como a otro respecto decía el ilustre orador D. Antonio Maura, tienen la *opacidad de la cimentación*. Pero, ¡ay del edificio que se levanta sobre arena! Sus esbeltas líneas se verán al poco, pero su altura será exigua, y su solidez, nula. La práctica sin

teoría, es rutina. La doctrina ayuna de fundamento, polvo que el viento se lleva.

Cuando terminamos los estudios universitarios, sufrimos a veces las demostraciones de superioridad, medio compasiva, medio burlona, de quienes cimentados en la práctica y sin estudios fundamentales observan que los licenciados en Facultad, como el hombre en sus primeros vacilantes pasos de la vida, quedan cohibidos ante pequeñeces por ellos expeditamente resueltas. No os preocupe esto. Ellos siguen trayectoria horizontal. Vosotros, vertical. Dejad pasar el tiempo. En vuestra marcha cruzaréis presto, muy presto, yo os lo aseguro, su línea y la rebasaréis con creces, y al cabo de algunos años seguirán sabiendo despachar una fórmula de la farmacopea, o doblando a maravilla el papel sellado; pero vosotros descubriréis nuevos remedios para las dolencias, o formularéis los más altos conceptos jurídicos en sentencias o pedimentos que han de honrar el papel sellado que no sabíais doblar. Y es que los cimientos que hondamente cavasteis en la Universidad son, no sólo apoyo para vuestra ascensión sin límites, sino raíz que nutre plétoricamente vuestra actividad intelectual.

Y cuando ante lo árido u obscuro de ciertas materias os invada el desánimo u os acucie el deseo de lo *puramente* práctico, de lo brillante y de lo aparatoso, pensad que la ciencia es un sistema de verdades que, como en la bóveda las piedras, unas sostienen a otras. Quitad una y se derrumba todo. Y teniéndolo en cuenta, que no os seduzca el engañoso brillo de la lentejuela que pronto se desprecia, ni la fácil y rápida ganancia que presto se malogra.

El gran dramaturgo Calderón de la Barca, en una redondilla impregnada de filosofía profunda, decía:

*Del más hermoso clavel,
pompa de un jardín ameno,
el áspid saca veneno,
la oficiosa abeja, miel.*

LA SITUACIÓN ANORMAL DEL COMERCIANTE

Y yo espero que ante la abundante ciencia que se os presentará en las aulas, no imitaréis al rastrero áspid sacando el veneno de la apatía y del desaliento, sino a la oficiosa abeja extrayendo la miel dulcísima de la sabiduría.

HE DICHO.