

*El convenio concursal en la
Ley de concursos mercantiles*

Francisco José Rodríguez Nepote

© Copyright 2017 Francisco José Rodríguez Nepote

RESERVA DE DERECHOS EN TRÁMITE

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

A.- Antecedentes indispensables	1
B.- Derogación de principios del derecho común.	4
C.- Principio <i>pro concordatorum</i> .	6
D.- El procedimiento concursal mercantil en México.	6
E.- Estructura de la obra.	7
1.- DERECHO CONCURSAL	
1.1. Fuente formal del derecho concursal en México.	8
1.2. Fuente histórica del derecho concursal en México.	8
1.2.1. El Código de Comercio.	8
1.2.2. La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.	9
1.3. El interés público en los concursos mercantiles.	11
2.- EL CONVENIO CONCURSAL EN LA ETAPA DE CONCILIACIÓN	
2.1. Qué comprende la etapa de conciliación.	14
2.1.1. La apertura de la etapa de conciliación por virtud de la declaración de concurso mercantil.	14
2.1.2. La designación del conciliador.	14
2.1.3. La publicación de la sentencia de concurso mercantil.	15
2.1.4. El procedimiento de reconocimiento de créditos.	15
2.1.4.1. Presentación de solicitud de reconocimiento de créditos.	16
2.1.4.2. Elaboración de la lista provisional	16
2.1.4.3. Objeción a la lista provisional	16
2.1.4.3.1. Objeción por el comerciante.	17
2.1.4.3.2. Objeción por un acreedor	17
2.1.4.4. Presentación de la lista definitiva.	18
2.1.4.5. Sentencia de Reconocimiento, Graduación y Prelación de Créditos	19
2.1.4.6. Apelación a la sentencia de Reconocimiento, Graduación y Prelación de Créditos.	19
2.1.4.6.1. Interposición del Recurso.	19
2.1.4.6.2. Ofrecimiento de pruebas.	20
2.1.4.6.3. Admisión del Recurso por el Juez de Primera Instancia.	20
2.1.4.6.4. Avocamiento de la apelación.	20
2.1.4.6.5. Admisión de pruebas.	20
2.1.4.6.6. Desahogo de pruebas.	20
2.1.4.6.7. Dictado de Sentencia de Apelación.	21
2.1.4.6.8. Consecuencias jurídicas del sólo efecto devolutivo en el que se admite el recurso de apelación.	21
2.1.5. La propuesta del convenio y el convenio mismo.	21
2.1.6. La propuesta de convenio	22
2.1.6.1. Su presentación para vista a los acreedores reconocidos.	22

2.1.6.2. Requisitos para la presentación de la propuesta de convenio.	24
2.1.6.3. Vista a los acreedores con la propuesta de convenio.	24
2.1.7. Presentación del convenio suscrito.	24
2.1.8. Vista a los acreedores con el convenio suscrito.	24
2.1.9. Objeción respecto de la autenticidad de la expresión de su consentimiento.	24
2.1.10. Derecho de veto	25
2.1.10.1. El veto de la mayoría simple de los acreedores comunes.	25
2.1.10.2. El veto de la mayoría por capital de los acreedores comunes.	26
2.1.10.3. Acreedores que no tienen derecho de veto.	28
2.1.10.4. Efectos del veto eficaz de los acreedores.	29
2.1.10.5. Cláusulas que no son materia de veto.	30
2.1.11. Momento procesal oportuno para aprobar el convenio concursal.	31
2.1.11.1. Después de dictada la sentencia de apelación interpuesta en contra de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.	31
2.1.11.2. Después de resueltas las impugnaciones de actos hechos en fraude de acreedores.	36
2.1.11.3. Después de resueltas las acciones de separación.	37
2.1.12. Aprobación del convenio concursal.	38
2.1.13. Causas de no aprobación del convenio concursal.	38
2.1.13.1. Incumplimiento de los requisitos previstos en el Capítulo Único del Título Quinto de la Ley de Concursos Mercantiles.	38
2.1.13.1.1. Oportunidad.	39
2.1.13.1.2. Requisitos de fondo.	39
2.1.13.1.3. Requisitos de forma.	40
2.1.13.1.4. Consentimiento.	40
2.1.13.2. Contravención al orden público.	41
2.1.13.2.1. Causas subjetivas.	45
2.1.13.2.2. Causas objetivas.	47
2.1.13.3. Discrecionalidad del juez concursal en aprobación del convenio.	49
2.1.14. Aprobación parcial del convenio concursal.	53
2.1.15. Terminación del procedimiento concursal.	55
2.1.16. Consecuencias de la no aprobación del convenio concursal.	56
2.2. Duración de la etapa de conciliación.	58
2.2.1. La duración de la etapa de conciliación no está definida por la Ley de Concursos Mercantiles.	60
2.2.2. Duración de plazo para proponer convenio.	60

2.2.2.1. Plazo legal.	61
2.2.2.2. Prórroga.	61
2.2.2.3. Ampliación de la prórroga.	61
2.2.2.4. Acreedores que computan para el porcentaje mínimo requerido para conceder la prórroga y su ampliación.	61
3.1. Sobre la importancia del reconocimiento y graduación de acreedores para los efectos del convenio concursal.	62
3.2. Sobre si importa o no la prelación de acreedores para los efectos del convenio concursal.	62
3.3. Acreedores con derecho a voto.	62
3.3.1. Acreedores comunes.	63
3.3.2. Acreedores con garantía real.	63
3.3.3. Acreedores subordinados.	65
3.3.4. Acreedores que estén a su vez en estado de concurso mercantil.	67
3.4. Acreedores sin derecho a voto.	68
3.5. Requisitos para dotar de eficacia al convenio concursal.	70
3.5.1. Pasivo computable.	72
3.5.2. Pasivo computable en caso de existir acreedores subordinados.	72
3.6. Contenido del convenio concursal.	73
3.6.1. El pago obligatorio.	75
3.6.2. La previsión de reservas.	77
3.6.3. Aumento del capital social.	77
3.6.4. Restricciones a favor de los acreedores comunes que no suscriban el convenio.	78
3.6.5. En qué moneda se pacta el convenio.	79
3.6.6. Quitas y esperas.	79
3.6.6.1. Sobre si existe un máximo del monto de la quita.	79
3.6.6.1.1. Fórmula matemática para obtener el monto máximo de la quita.	82
3.6.6.2. Sobre si existe un mínimo del monto de la quita.	84
3.6.6.3. Sobre si existe un máximo o mínimo para el tiempo de la espera.	85
3.6.6.4. Sobre si la quita es una remisión.	85
3.6.6.5. Sobre si la quita produce una excepción de <i>pactum de non petendo</i> .	90
3.6.6.6. Sobre si subsiste una obligación natural después de la quita.	92
3.6.6.7. Acuerdo único.	97
3.6.7. Dación en pago.	98
3.6.8. Pago con participaciones de capital social.	98
3.7. Vinculación del convenio concursal frente a diversos tipos de acreedores.	100
3.7.1. El Acreedor con Garantía Real que no signó el convenio concursal.	100

3.7.1.1. El acreedor con garantía real sobre bienes de tercero.	104
3.7.2. Acreedores condicionales.	111
3.7.3. A qué acreedores no obliga el convenio concursal.	115
3.8. Fundamento de la obligatoriedad del convenio frente a los acreedores que no signaron el mismo.	116
3.9. Sobre si el convenio concursal produce efectos novatorios.	124
3.10. Efectos del convenio concursal sobre los corresponsables del cumplimiento de las obligaciones del concursado.	127
3.10.1. Consecuencias de la excepción a la regla general.	135
3.- EL CONVENIO CONCURSAL EN LA ETAPA DE QUIEBRA.	142
BIBLIOGRAFÍA.	144

PREFACIO

La idea de escribir este libro comenzó en la crisis financiera del año 2008. En ese año, en mi práctica como abogado litigante comenzaron a acudir, más que de costumbre, clientes para pedir asesoría en temas de concurso mercantil, tanto como deudores como acreedores. Ahí noté que existían muy pocas tesis y jurisprudencias emitidas por el Poder Judicial de la Federación sobre temas concursales, ya sea interpretando el Código de Comercio, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y la Ley de Concursos Mercantiles. También advertí que la doctrina concursal nacional se limitaba a una explicación esquemática de la Ley de Concursos Mercantiles, pero no resolvían mis dudas. Los libros nacionales que más me ayudaron en temas concursales fueron dos: la *Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos*, por Joaquín Rodríguez Rodríguez, y *Presupuestos de la Quiebra* de Francisco Apodaca y Osuna. Noté que estas dos obras tenían algo en común: la utilización de doctrina extranjera. Por virtud de esas dos obras, conocí la existencia de autores como Thaller, Bonelli, Rocco, D'Avack, Lyon-Caen & Renault, Estasen, entre otros, que eran tantas veces citados por aquellos dos autores primeramente mencionados. Acudí a diversas bibliotecas a buscar los libros de los referidos autores extranjeros, sin éxito alguno. Aproveché entonces los beneficios de la aldea global en la que actualmente vivimos y, por medio de tiendas virtuales, pude adquirir algunas de las obras de los referidos autores extranjeros, otras se encontraban digitalizadas por diversas bibliotecas. Sin embargo, todas esas obras se encontraban en su lengua original y no estaban traducidas al español. Por ese motivo, comencé a estudiar francés e italiano al punto que me permitiera leer y comprender dichas obras.

En mi práctica como litigante fui testigo de muchos convenios concursales que eran aprobados, pero advertía que los propios jueces que los aprobaban desconocían cuál era el fundamento de la obligatoriedad de dicho convenio frente a los demás acreedores que no lo suscribieron.

Por ello, con apoyo en la doctrina clásica concursal, teniendo ya la posibilidad de leer y comprender en su lengua original dichas obras, me di a la tarea de analizar la figura del convenio concursal.

Después de nueve años de haber iniciado esta aventura, he decidido interrumpirla y poner a su disposición la primera edición de este libro. Las obras de la totalidad de los autores que en esta obra son citados, forman parte de mi biblioteca personal, tanto en físico como en digital. Al citar a cada uno de dichos autores decidí copiar el texto en su lengua original y realizar una traducción e interpretación propia, la cual fue revisada por peritos traductores en cada una de las lenguas. Así, el lector tendrá a su alcance el texto original y el texto traducido, para que él mismo pueda realizar la traducción y evitar que me señalen como *traduttore, traditore*.

Este libro quiero que sea del dominio público y que esté al alcance de todos a la distancia de un *click*. Quiero que se genere debate académico y

jurisprudencial en derecho concursal. Al lector le agradezco de antemano sus comentarios, correcciones y observaciones.

México, agosto 2017.

INTRODUCCIÓN

A.- Antecedentes indispensables.

Esta obra tiene como finalidad estudiar una institución jurídica en específico: el concordato por mayoría o convenio concursal preventivo o restaurativo de la quiebra.

No es este el lugar para analizar globalmente la figura del concurso mercantil, tanto en su fase de liquidación (quiebra) como en su fase de reorganización (conciliación o suspensión de pagos). Es decir, se parte del supuesto de que el lector conoce por lo menos de manera general, los supuestos para que un deudor sea declarado en estado de concurso mercantil así como la historia y naturaleza jurídica del proceso concursal mercantil.

No obstante lo anterior, se hará una breve introducción, a manera de antecedentes sin aportar datos históricos y cronológicos específicos, de la institución jurídica objeto de esta obra: el convenio concursal, que podrá ser referido también como concordato.

El legislador buscó la mejor manera de solucionar el problema que se presenta con un deudor que, de una manera generalizada, ha dejado de hacer el pago de sus deudas y dicho problema tendría que tener una solución más eficaz si el deudor tenía la calidad de comerciante, puesto que la actividad mercantil del deudor comerciante supone una cantidad mayor de relaciones acreedor-deudor que la actividad de un deudor que no sea comerciante. La solución se encontró en la institución jurídica de la quiebra. La quiebra es un proceso concursal, un concurso. La palabra concurso denota la acción de concurrir, de asistir. Así, se llama concurso, porque ante un deudor común, asisten o concurren sus acreedores. Y a la quiebra se le conoce como un concurso mercantil, para diferenciarla de la acción de concurrencia o asistencia de acreedores de un deudor que no sea comerciante. Entonces, será mercantil el concurso si el deudor tiene la calidad de comerciante y será civil el concurso cuando el deudor no tenga la calidad de comerciante.

La finalidad próxima de un proceso concursal mercantil es la de lograr que los bienes del deudor se destinen a cubrir los créditos de sus acreedores, es decir, a pagar a los acreedores con lo que resulte de la venta de dichos bienes.¹ Superada la época en la cual el deudor respondía de sus deudas con su cuerpo y con su vida, es únicamente su patrimonio sobre el que se harán efectivos los créditos de sus acreedores. Es lo que se conoce, aunque es técnicamente inexacto², como la *prenda general tácita* a la que alude el artículo 2964 del Código Civil Federal que señala que “*el deudor responde de cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables o no embargables*”.

¹ “*El objeto del proceso de quiebra es la satisfacción de los derechos de los acreedores a través de la ejecución forzada*”. Pajardi, Piero, *Derecho concursal*, Depalma, Argentina, 1991, tomo I, p. 113.

² “*no podría admitirse un verdadero y auténtico derecho de prenda sobre un patrimonio completo*”, Navarrini, Humberto, *La quiebra*, trad. Francisco Hernández Borondo, Reus, España, 1943, p. 135.

La pluralidad de acreedores, el estado de impotencia patrimonial del deudor de hacer frente al pago de los mismos y la cesación generalizada en dichos pagos, orilló a que el principio general de derecho de *prior in tempore, potior in iure* cediera ante el nuevo principio de *pars condictio creditorum*.³ Esto es, se consideró una situación de injusticia el hecho de que un acreedor, por ser más avivado que otro, se cobrara primero y con exclusión del resto de los acreedores que no fueron tan avivados que aquél. Por ello todos los acreedores estarían en una situación de igualdad, con independencia de quién fue el primero que accionó en contra de su deudor. Para impedir que unos acreedores se cobraran con el patrimonio del deudor con perjuicio de otros acreedores, se dispuso tanto la prohibición del deudor de hacer pagos como la prohibición de hacer efectivos mandamientos de ejecución sobre dicho patrimonio.

Pero también se advirtió que no todos los acreedores del deudor son iguales entre sí y que los criterios de diferencia se encuentran ya sea por razón de la propia relación que liga al deudor con el acreedor (trabajador, acreedor alimentario) como por razón a la relación del acreedor con alguna porción del patrimonio del deudor (derechos reales de garantía, prenda e hipoteca). Por tanto, sólo los iguales deberían de recibir un trato igual y los desiguales un trato desigual. Este principio de igualdad (*pars condictio*) únicamente tendría que operar entre iguales, mas no entre desiguales. Es decir, sólo los acreedores de igual calidad serían tratados iguales y los de distinta calidad serían tratados desiguales. Por ello se idearon grados y prelaciones bajo los cuales unos acreedores se cobrarían sus créditos sobre el patrimonio del deudor con preferencia o antelación que otros acreedores del mismo deudor, basados, precisamente, en la desigualdad de unos con otros.

Y ante la problemática de la pluralidad de acreedores y la impotencia patrimonial de pago del deudor, el patrimonio de dicho deudor sería la única manera de hacer frente al pago de los créditos, por tanto fue necesario establecer reglas más eficaces para poder dejar sin efecto cualquier enajenación de algunos bienes del deudor, para que así regresaran a su patrimonio para con ello hacer pago a los acreedores. De ahí la creación de reglas especiales para la institución de la revocación de los actos en fraude de acreedores (revocatoria concursal, acción pauliana concursal) así como la previsión de un periodo previo, de sospecha, de retroacción que permite la dispensa de acreditar uno de los elementos de la acción pauliana ordinaria (*consilium fraudis*) si el acto fue realizado dentro de dicho periodo. Pero así como era importante restaurar el patrimonio del deudor, regresando al mismo lo que había salido en fraude a los acreedores, también eran importante depurar dicho patrimonio de los bienes que no le pertenecían al deudor y por ello se reguló la llamada reivindicación en la quiebra o separación de bienes.

³ “Al estímulo individual y egoísta de la ejecución aislada, que premia al que llega primero, se opone entonces un principio de equidad: el principio de que el régimen del azar o del favor debe ser sustituido por el de la comunidad de pérdidas y el tratamiento igual para todos los acreedores, cuando el patrimonio del deudor no basta a satisfacerlos íntegramente”, Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1993, p. 374.

Finalmente, si bajo la administración del deudor, su patrimonio se habría vuelto impotente para hacer frente al pago de sus créditos, era necesario despojar al deudor de la administración de su patrimonio, para evitar que siguiera deteriorándose el mismo así como para evitar cualquier acto en fraude de acreedores.

Básicamente esas eran las soluciones que aportaba la institución del concurso mercantil en un inicio: pagar con el producto de la venta de los bienes del deudor a sus acreedores de una manera igualitaria, entre los iguales, siguiendo reglas de prelación entre los acreedores desiguales, despojando a dicho deudor de la administración de su patrimonio y permitiendo el regreso de los bienes que habían salido de dicho patrimonio en fraude de los acreedores así como depurando patrimonio de los bienes que no le pertenecían al deudor.

Sin embargo, después se advirtió que en algunas ocasiones la venta de los bienes del deudor no sería la mejor manera para que los acreedores recibieran el pago de sus créditos y que si el deudor acordaba, no con la totalidad (por ser ello prácticamente imposible) pero sí con la mayoría de sus acreedores el pago de sus créditos, podría dicho acuerdo sustituir el medio de pago a través de la venta de los bienes del deudor. Así, la finalidad próxima del concurso mercantil, que es el pago a los acreedores, no se realizaría a través de la venta de los bienes del deudor, sino a través del pago pactado en el convenio acordado entre el deudor y la mayoría de sus acreedores. Ese es el origen del concordato o convenio concursal, que en un inicio vino a dar una solución alterna a la quiebra, esto es, era un convenio que daba fin a la quiebra, que tenía un efecto restaurativo del estado de quiebra.

El concepto de comerciante no se quedó estancado en aquella persona física que hiciera del comercio su actividad ordinaria, sino que, siendo que el comercio comenzó a practicarse también en masa, a través de una unidad de producción mercantil o *empresa mercantil*, sería entonces comerciante el titular de una *empresa mercantil*. Entonces sería la *empresa mercantil* o hacienda mercantil, sobre la cual se cobrarían los acreedores en un concurso mercantil.

En consecuencia, se tuvo en cuenta que el despojar o privar al deudor de la administración de su empresa no sería siempre una solución justa ante un deudor de buena fe que se vio ante una impotencia patrimonial, ante una cesación generalizada en los pagos, no por causas imputables a él. Por ello, se consideró conveniente contar con un procedimiento de igual naturaleza que el proceso de quiebra, con la salvedad de que mientras durare dicho proceso el deudor sí se mantendría en la administración de su empresa y así buscar la celebración de un concordato con sus acreedores para así no sólo dar una solución distinta a la finalidad próxima de la quiebra, que es la venta de los bienes para el pago de los acreedores, sino también para evitar la quiebra misma y evitar que su empresa desaparezca. Este es el origen del concordato preventivo de la quiebra.

El concordato, tanto restaurativo como preventivo de la quiebra, se consideró como una institución buena por que otorgaba un mejor medio para hacer frente al pago de los créditos que aquel que se obtenía a través de la

venta de los bienes del deudor y repartición del producto de dicha venta. Pero también se cayó en cuenta que el concordato era bueno, no sólo por aportar una solución alternativa a la liquidación de los bienes, sino porque a través de dicho concordato se mantenía, se subsistía o salvaguardaba la empresa del deudor, ya que se advirtió que resultaba más interesante que una empresa subsistiera a que una empresa desapareciera, porque se advirtió el impacto social y en la economía de una nación que representa una empresa en operación. Esto es, se advirtió que la subsistencia de la empresa era una cuestión de interés general, social y público y que por tanto, en la medida de lo posible, se debería de preferir a la solución que aportaba el concordato, preventivo o restaurativo de la quiebra, frente a la solución que aportaba la quiebra misma, puesto que la quiebra, si bien es una solución, es una solución de *ultima ratio*,⁴ el último recurso pues “la quiebra es la solución más rigurosa que en el concurso se puede recibir para el deudor”.⁵ Así, con el concordato, se proporcionaba a los acreedores un mejor medio para recibir el pago de sus créditos y se atendía al interés general mediante la conservación y subsistencia de una empresa.

Con lo anterior hemos llevado al lector de la generalidad del concurso mercantil a lo particular que será objeto de esta obra: el convenio concursal preventivo o restaurativo de la quiebra.

A lo largo de esta obra se analizará la regulación del convenio concursal bajo el derecho positivo mexicano: la Ley de Concursos Mercantiles.

Finalmente, si, como ya advirtió el lector, la subsistencia de la empresa es una cuestión que interesa al interés general y la solución que propone la quiebra (concurso mercantil en fase de liquidación) es una solución de *ultima ratio*, será entonces necesario interpretar la legislación concursal bajo una óptica funcional que pueda lograr el fin deseado: la conservación de la empresa a través de la solución alternativa que aporta el convenio concursal, esto es, bajo el principio *pro concordatorum*.

B.- Derogación de principios de derecho común.

Ya vimos que, en un concurso mercantil, el principio de *prior in tempore, potior in iure* cede ante el principio de *pars conditio creditorum*, sin embargo, el principio cuya derogación más nos importa en esta obra, que se especifica en el convenio concursal preventivo de la quiebra, es el denominado *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*.

Dicho principio, expresa *grosso modo*, que un tercero no puede quedar vinculado por el acuerdo de voluntades alcanzado entre dos personas y en el cual dicho tercero no otorgó su consentimiento.

⁴ “La evolución de la práctica concursal en el mundo de las economías de mercado ubica a la quiebra como *ultima ratio*”. Bonfanti, Mario Alberto y Garrone, José Alberto, *Concursos y quiebra*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1990, p. 73.

⁵ “L’union est la solution la plus rigoureuse que la faillite puisse recevoir pour le failli” Lyon-Caen, Ch. y Renault. L, *Traite de Droit Commercial*, Librairie Cotillon, Francia, 1892, tomo VIII, p. 1.

En derecho privado, particularmente en el derecho de sociedades, podemos encontrar que un socio o accionista puede quedar vinculado y soportar los efectos de las decisiones tomadas por la mayoría de los socios o accionistas reunidos en asamblea, aun y cuando aquel socio o accionista no hubiere participado en la asamblea o hubiere votado en contra. En este supuesto, no podemos encontrar una derogación al principio de *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*, puesto que el socio o accionista, antes de tener tal calidad, otorgó su consentimiento (al constituir la sociedad o al adquirir posteriormente la calidad de socio o accionista) de formar parte de dicha sociedad y de acatar las decisiones tomadas por la mayoría de los miembros de dicha sociedad, esto es lo que se conoce como el *affectio societatis*.

Lo anterior no sucede así en un convenio concursal, donde la masa de acreedores no constituye una sociedad creada por virtud de la declaración de quiebra y aun sin contar con el consentimiento de los socios-acreedores.⁶ Como ya se señaló, el convenio concursal preventivo o restaurativo de la quiebra, aporta una solución alternativa a la solución aportada por la quiebra misma. Es decir, en vez de que los acreedores reciban un tanto por ciento de sus créditos mediante el producto que se obtenga con la venta misma de la empresa mercantil de su deudor o de sus activos por separado, recibirán a través del convenio un pago, no necesariamente sobre el total de sus créditos (quita) y no necesariamente lo recibirán de contado (espera). Es decir, es el acuerdo de voluntades el que aporta la solución alternativa. Ahora bien, lo ideal sería que dicho consentimiento sea prestado no sólo por el deudor, sino por la totalidad de sus acreedores, sin embargo tal tarea es comprensiblemente difícil, por tanto, para el Derecho bastó que dicho consentimiento fuera prestado por una mayoría de acreedores y no por la totalidad de los mismos, para así vincular a la totalidad de los acreedores, hayan o no prestado su consentimiento.

Entonces, ¿cómo se justifica que la mayoría de los acreedores vinculen a la minoría de acreedores en el convenio suscrito con el deudor concursado?, ¿por qué un acreedor estará vinculado en un acuerdo de voluntades en donde no prestó su consentimiento?. La *affectio societatis* no nos aporta la solución, ya que ninguno de los acreedores prestó su consentimiento en formar parte de una sociedad de acreedores de su deudor común ni en aceptar las decisiones adoptadas por la mayoría de los acreedores de dicha *sociedad*.

En esta obra se verá el fundamento del por qué se vincula a los acreedores minoritarios con el convenio adoptado por la mayoría de los acreedores con el deudor común y si existe o no, como señalan Lyon-Caen & Renault una derogación a la regla *res inter alios acta aliis neque nocet neque*

⁶ "... una sociedad no puede constituirse sino cuando los socios hacen aportes y constituyen así un capital social. Ahora bien, los acreedores de la quiebra no aportan nada a la masa, porque cada uno de ellos sigue siendo titular de su crédito. ... es difícil concebir una sociedad comercial cuya formación es obligatoria para los socios.", Ripert, Georges, *Tratado elemental de derecho comercial*, trad. Felipe de Solá Cañazares, Tipográfica Editora Argentina, Argentina, 1954, tomo IV, p. 291.

*prodest*⁷ y si como dice Mousnier, se está en presencia de un “contrato que, por su naturaleza, está fuera del derecho común”.⁸

C.- Principio *pro concordatorum*.

Ya vimos que la finalidad próxima de un concurso mercantil es el pago a los acreedores con el patrimonio del deudor común. También vimos que el concordato aporta una solución alternativa a la solución que propone la quiebra. Y vimos también que la solución alternativa que aporta el concordato es buena, no sólo porque puede dar una mejor solución que la que da la quiebra a los acreedores, sino porque permite la subsistencia de la empresa y evita que esta desaparezca en la venta de sus componentes para el pago a los acreedores.

Entonces, si uno de los medios para lograr la subsistencia de la empresa es el convenio concursal preventivo o restaurativo de la quiebra y si la subsistencia de la empresa es el interés público de mayor entidad en un concurso mercantil, luego debemos de interpretar las normas jurídicas que regulan al proceso concursal mercantil de una manera que haga posible lograr el convenio concursal preventivo de la quiebra.

Por eso consideramos que se debe de reconocer el principio *pro concordatorum*.

D.- El procedimiento concursal mercantil en México.

El objeto de esta obra es el estudio de una institución jurídica regulada por un ordenamiento jurídico positivo en específico: la Ley de Concursos Mercantiles.

Como ya se señaló en el apartado introductorio, en esta obra no se analizará la totalidad del procedimiento concursal regulado por la Ley de Concursos Mercantiles, sino únicamente una parte de dicho procedimiento: el convenio concursal preventivo o restaurativo de la quiebra.

Sin embargo, en este punto analizaremos de manera global la regulación que de los concursos mercantiles realiza la Ley de Concursos Mercantiles.

El estado de concurso mercantil del deudor debe de ser declarado judicialmente por un juez y en dicho proceso existen dos etapas, sucesivas, la conciliación y la quiebra.

Para que un deudor sea declarado judicialmente en concurso mercantil primero debe de revestir la calidad de comerciante, este es el primer presupuesto. La declaración puede iniciar a petición del propio deudor o a petición de uno de sus acreedores o del ministerio público.

⁷ Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VII, p. 590.

⁸ “un contrat qui, de sa nature, est hors du droit commun”, Mousnier, *Traité du concordat en matière de faillite*, Chez Delhomme, Francia, 1855, p. 15.

El segundo presupuesto para ser declarado en concurso mercantil lo es el incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones. Para acreditar que un deudor incurrió en un incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones, el juez ordenará oficiosamente el desahogo de una *prueba para mejor proveer* consistente en el dictamen que un experto rinda sobre tal tema, dicho experto es el visitador, el cual es uno de los especialistas designados por el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles para auxiliar al juez.⁹

A diferencia de la hoy abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, ni los acreedores ni el ministerio público pueden demandar de manera inmediata la declaración de quiebra de su deudor, sino que primero tienen que pasar obligatoriamente por la etapa de conciliación y si ésta no cumple con su finalidad, transitarán a la etapa de quiebra, a menos que el deudor se allane a la pretensión de ser declarado en quiebra.¹⁰

En cambio, si el concurso mercantil inicia por voluntad del propio deudor, puede iniciar el proceso de concurso mercantil inmediatamente en etapa de quiebra. Sin embargo, hay cierto tipo de deudores cuyo concurso mercantil iniciará forzosamente en etapa de quiebra.¹¹

La finalidad de la etapa de conciliación es la celebración de un convenio concursal para evitar transitar a la etapa de quiebra. Como se verá con posterioridad, la etapa de conciliación no tiene una duración definida, sino que el plazo definido por la ley lo es para la celebración de un convenio concursal. Si el convenio logra celebrarse dentro del plazo previsto para tal efecto y el mismo logra la aprobación del juez, el concurso mercantil se dará por terminado. Pero, si dicho convenio concursal no se celebra dentro del plazo previsto para tal efecto, atendiendo a la transitoriedad de la etapa de conciliación, habrá de transitarse a la etapa de quiebra.

Abierta la etapa de quiebra se iniciarán con las labores propias de su finalidad: la venta de la empresa como un todo o en partes, para con su producto hacer el pago a los acreedores, pero aun en dicha etapa puede celebrarse un convenio concursal.¹²

E.- Estructura de la obra.

Después de una identificación sobre el derecho positivo que regula al concurso mercantil en México, se analizará el procedimiento del concurso mercantil en etapa de conciliación, posteriormente se analizará la parte sustantiva del convenio concursal preventivo de la quiebra y se analizará el convenio concursal en la etapa de quiebra.

⁹ Dicha visita puede obviarse en caso de que se declare al deudor en estado de concurso mercantil como sanción (Art. 31 segundo párrafo de la Ley de Concursos Mercantiles) o en caso de que el concurso mercantil inicie con plan de reestructura previo (Art. 341 de la Ley de Concursos Mercantiles).

¹⁰ Según la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada en el D.O.F. el 10 de Enero de 2014.

¹¹ Ej: las instituciones de crédito (Art. 249 de la Ley de Concursos Mercantiles)

¹² Según la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada en el D.O.F. el 10 de Enero de 2014

1. DERECHO CONCURSAL

1.1. Fuente formal del derecho concursal en México.

Lo es la Ley de Concursos Mercantiles y sus legislaciones supletorias. La Ley de Concursos Mercantiles fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 12 de Mayo de 2000. Dicha ley ha sufrido dos reformas, una reforma mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 27 de Diciembre de 2007 y otra mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de Enero de 2014.

1.2. Fuente histórica del derecho concursal en México.

Desde la civilización jurídica más remota el legislador ha estado preocupado ante la situación que se presenta cuando un deudor tiene varios acreedores y en un momento dado no puede dar cumplimiento a la totalidad de sus obligaciones vencidas.

El derecho se ocupó de regular dicha situación, y en México encontramos al Código de Comercio, a la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y a la actual Ley de Concursos Mercantiles.

La manera en cómo la situación de la insolvencia del deudor comerciante ha sido regulada en los diversos ordenamientos jurídicos en México ha ido cambiando de ordenamiento en ordenamiento. Sin embargo, en relación con otras ramas del derecho, hasta la fecha es poco el movimiento legislativo que se ha dado en materia de derecho concursal mercantil, puesto que tuvieron que pasar más de cuarenta años a partir de la entrada en vigor del Código de Comercio para que se expidiera la primera ley especializada en la materia, esto es, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y casi sesenta años para que se derogara dicha legislación y se promulgara una nueva: la actual Ley de Concursos Mercantiles, la cual se ha reformado en sólo dos ocasiones.

Los antecedentes legislativos de nuestra actual Ley de Concursos Mercantiles no regulaban la institución jurídica que tratamos bajo el nombre de *concurso mercantil* sino que denominaban *quiebra* al procedimiento de quiebra y al procedimiento para evitar la quiebra la denominaban *suspensión de pagos*.

1.2.1. El Código de Comercio.

El Título Primero del Libro Cuarto del Código de Comercio de 1889 regulaba las quiebras bajo los artículos del 945 al 1037 dividido en los siguientes nueve títulos:

- I.- Disposiciones generales.
- II.- De la clasificación de las quiebras.
- III.- De los efectos del estado de quiebra.
- IV.- De la época de la quiebra.
- V.- Del convenio de los quebrados con sus acreedores.

- VI.- De la graduación.
- VII.- De la rehabilitación.
- VIII.- Disposiciones generales relativas a las quiebras en las sociedades mercantiles.
- IX.- De las quiebras de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas.

1.2.2. La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

Con la entrada en vigor de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos se derogó el contenido del Título Primero del Libro Cuarto del Código de Comercio. La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos estaba sistematizada en los siguientes títulos, capítulos y secciones:

- Título Primero. Del concepto y declaración de quiebra.
 - Capítulo I. Requisitos de la declaración de quiebra.
 - Capítulo II. De la declaración de quiebra.
 - Sección Primera. Iniciativa de la declaración.
 - Sección Segunda. De la competencia en la quiebra.
 - Capítulo III. De la sentencia de declaración y de su publicidad. Oposición y revocación.
- Título Segundo. De los órganos de la quiebra.
 - Capítulo I. Del juez de la quiebra.
 - Capítulo II. Del síndico.
 - Capítulo III. De la intervención.
 - Capítulo IV. La junta de acreedores.
- Título Tercero. De los efectos de la declaración de quiebra.
 - Capítulo I. Efectos en cuanto a la persona del quebrado.
 - Sección Primera. Limitaciones en la capacidad y en el ejercicio de derechos personales.
 - Sección Segunda. De la responsabilidad penal en la quiebra.
 - Capítulo II. Efectos en cuanto al patrimonio del quebrado.
 - Capítulo III. Efectos en cuanto a la actuación en juicio.
 - Capítulo IV. Efectos sobre las relaciones jurídicas preexistentes.
 - Sección Primera. Obligaciones en general.
 - Sección Segunda. Obligaciones solidarias.
 - Sección Tercera. Contratos bilaterales pendientes.
 - Sección Cuarta. De la separación en la quiebra.
 - Capítulo V. Efectos de la quiebra sobre las relaciones patrimoniales entre cónyuges.
 - Capítulo VI. Efectos de la declaración de quiebra sobre actos anteriores a la misma.
- Título Cuarto. De las operaciones de la quiebra.
 - Capítulo I. Del aseguramiento y comprobación del activo.
 - Sección Primera. Ocupación de los bienes y papeles del quebrado.
 - Sección Segunda. De la formación del inventario y balance.
 - Capítulo II. Administración de la quiebra.
 - Capítulo III. Realización del activo.

- Capítulo IV. De la distribución del activo.
 - Sección Primera. Reconocimiento de créditos.
 - Sección Segunda. Graduación y prelación de los créditos.
- Título Quinto. La extinción de la quiebra y de la rehabilitación.
 - Capítulo I. De la extinción de la quiebra.
 - Sección Primera. De la extinción por pago.
 - Sección Segunda. De la extinción por falta de activo.
 - Sección Tercera. Extinción por falta de concurrencia de acreedores.
 - Sección Cuarta. Extinción por acuerdo unánime de los acreedores concurrentes.
 - Sección Quinta. De la extinción de la quiebra por convenio.
 - Capítulo II. De la rehabilitación.
- Título Sexto. De la prevención de la quiebra.
 - Capítulo Único. De la suspensión de pagos y del convenio preventivo.
 - Sección Primera. Supuestos de la Suspensión de Pagos.
 - Sección Segunda. De la proposición de convenio preventivo.
 - Sección Tercera. De la sentencia de suspensión de pagos.
 - Sección Cuarta. Del reconocimiento de créditos.
 - Sección Quinta. Efectos de la declaración en suspensión de pagos.
 - Sección Sexta. De los órganos de la suspensión de pagos.
 - Sección Séptima. De la admisión del convenio por los acreedores.
 - Sección Octava. De la aprobación del convenio. Efectos, apelación e impugnación.
- Título Séptimo. Quiebras y suspensión de pagos especiales.
 - Capítulo I. Quiebras y suspensión de pagos de las instituciones de crédito.
 - Sección Primera. De la quiebra.
 - Sección Segunda. De la suspensión de pagos.
 - Capítulo II. Quiebra y suspensión de pagos de las empresas aseguradoras.
 - Capítulo III. De la quiebra y de la suspensión de pagos de las empresas de servicios públicos.
 - Capítulo IV. De la quiebra y de la suspensión de pagos de las instituciones de fianzas.
- Título Octavo. De los recursos y de los incidentes en los juicios de quiebra y de suspensión de pagos.
 - Capítulo I. De los recursos.
 - Capítulo II. De los incidentes.
- Disposiciones transitorias.
- Disposiciones generales.

La Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos se pensó, en su momento, que sería un ordenamiento eficaz que daría fin a los procedimientos concursales interminables y eternos. La puesta en práctica de dicha ley por casi sesenta años probó lo contrario.

1.3. El interés público en los concursos mercantiles.

El ímpetu por virtud del cual el legislador se ha ocupado de regular las situaciones que se presentan ante un estado de incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones provocado por el incumplimiento y la falta de liquidez ha ido cambiando en cada uno de los ordenamientos jurídicos que en México se han promulgado. Para ejemplo el Código de Comercio, que en su apartado de quiebras no consideraba expresamente a dicha materia como de orden e interés público, situación que sí fue atendida por la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos y expresamente recogida por la Ley de Concursos Mercantiles.

Por disposición expresa del artículo 1° de la Ley de Concursos Mercantiles, dicho ordenamiento es de interés público. El interés específico de dicha ley, que es público, es el de conservar las empresas y evitar que el incumplimiento generalizado de las obligaciones de pago pongan en riesgo la viabilidad de las mismas y de las demás con las que mantengan una relación de negocio.

Anteriormente, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos no hacía una referencia expresa dentro de su propio texto a que la materia concursal mercantil fuera de interés público, sin embargo de una lectura de la exposición de motivos de dicha ley, se desprende que la iniciativa de creación de dicha ley *“recoge con toda intensidad la más moderna corriente de origen español, es en lo que puede considerarse uno de los pivotes centrales del proyecto: la consideración de que la quiebra no es un asunto de interés privado, sino de interés social y público; de que no son los acreedores los más interesados en la quiebra, y los que deben orientarla y dirigirla bajo su administración y control, sino que la quiebra interesa sobre todo al Estado, en cuanto supone a liquidación de una empresa mercantil y por corresponder a aquél la tutela de los intereses colectivos”*.¹³

Durante la vigencia de la regulación legal de los concursos mercantiles dentro del Código de Comercio, antes de la entrada en vigor de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llegó a considerar que en los procedimientos concursales de los comerciantes únicamente se ventilaban intereses particulares, tal como lo refiere en la siguiente tesis:

QUIEBRAS, SUSPENSIÓN DEL AUTO DECLARATORIO DE.

La Suprema Corte ha establecido la tesis de que contra los efectos del auto declaratorio de quiebra, es procedente la suspensión mediante fianza, toda vez que sólo se versan intereses particulares ... considerando que en el juicio de quiebra solamente se interesan los acreedores del fallido y éste, y no la colectividad¹⁴

¹³ Exposición de motivos de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.

¹⁴ Tomo XXXIII, página 3271. Índice Alfabético. Incidente de suspensión 3062/31. Martín Jas F. 31 de octubre de 1931. Unanimidad de cinco votos. Tomo XXXIII, página 335. Amparo civil. Revisión del incidente de suspensión 2566/31. Compañía Ingenieros y Contratistas Martín, S.A. 12 de septiembre de 1931. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Fernando de la Fuente. La publicación no menciona el

Posteriormente la Suprema Corte de la Nación reconoció el interés general que revestía a dichos procedimientos al estar íntimamente relacionados con la economía del país y sus intereses económicos, pues afecta hondamente al crédito y al comercio y precisamente el procedimiento de quiebra se ha establecido en beneficio del interés general a fin de que el comercio y el crédito no sufran trastorno alguno con esos conflictos, tal como lo refiere en la siguiente tesis:

QUIEBRAS, SUSPENSIÓN IMPROCEDENTE DEL PROCEDIMIENTO EN LAS.

Si al solicitar la suspensión el quejoso pretende que se paralicen los procedimientos de la quiebra promovida en su contra, debe negársele tal suspensión, porque si se le otorgara ésta, se contrariaría la jurisprudencia establecida en el sentido de que el procedimiento judicial es de orden público; máxime, cuando se refiere a las quiebras que afectan el interés general, por estar relacionadas íntimamente con la economía del país, y que precisa resolver pronta y debidamente.¹⁵

La doctrina también opina sobre el interés público en los concursos mercantiles. Para Apodaca y Osuna *“la insolvencia no sólo produce efectos en el patrimonio de aquellos que tienen relaciones contractuales con el comerciante insolvente, sino que, repercutiendo en múltiples economías privadas, produce grandes trastornos, en ocasiones verdaderas crisis, que redundan en perjuicio de toda la economía nacional”*.¹⁶

Diana Farhi de Montalbán señala lo siguiente:

... la empresa se ha constituido en núcleo económico de producción de bienes y servicios y su influencia se irradia el ámbito social por su capacidad generadora de fuentes de trabajo; todo lo cual significa que su crisis podrá producir consecuencias imprevisibles en las economías nacionales y regionales y no menos, por cierto, en el ámbito internacional con los efectos conmocionantes del panorama social. De ahí que al Estado le interese fundamentalmente, y lo pretenda, una intervención activa de vigilancia en el nacimiento, desarrollo y expansión de la empresa y también en su etapa crítica y la inminencia de su extinción.¹⁷

Para Rocco:

en cuanto a los efectos económicos de la quiebra, aquella no sólo produce una pérdida para las economías privadas de aquellos que tienen una relación de crédito con el quebrado, sino que da lugar igualmente a una dispersión de capitales, que daña a toda la economía pública. Por la notoria ley del encadenamiento del crédito, la quiebra se repercute un tanto en una serie indefinida de otras economías, produciendo parálisis y a veces verdaderas crisis.

nombre del ponente. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. XXXIII. Página: 335. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

¹⁵ Amparo civil. Revisión del incidente de suspensión 5324/44. 12 de Agosto de 1944. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Carlos I. Ángeles. La publicación no menciona el nombre del ponente. Quinta Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. LXXXI. Página: 3303. Tesis Aislada. Materia(s): Civil.

¹⁶ Apodaca y Osuna, Francisco, *Presupuestos de la quiebra*, Stylo, México, 1945, p. 27.

¹⁷ Farhi de Montalbán, Diana, Integración a la obra de Pajardi, Piero. *Op. Cit.*, tomo I, p. 461.

Por doble razón, pues, la quiebra debe considerarse como un fenómeno, cuya importancia excede la economía privada e interesa toda la economía pública.¹⁸

Así, los concursos mercantiles involucran una cuestión de orden público que consiste, como se explicará más adelante, en lograr una correcta liquidación del activo del comerciante para pagar en la medida de lo posible a sus acreedores respetando un principio de igualdad y, también en la medida de lo posible, salvaguardar la empresa del comerciante.

¹⁸ *“Quanto agli effetti economici del fallimento, esso non solo produce una perdita per le economie private di coloro che vennero in rapporto di credito col fallito, ma dà luogo altresì ad una dispersione di capitali, che va a danno di tutta l’economia pubblica. Per la nota legge del concatenamento del credito, il fallimento si ripercuote poi spesso in una serie indefinita di altre economie, producendo arresti e talora vere crisi. A doppio titolo adunque il fallimento deve considerarsi come un fenomeno, la cui importanza eccede la economia privata, e interessa tutta la pubblica economia”*, Rocco, Alfredo, *Il fallimento, teoria generale ed origine storica*, Fratelli bocca editori, Italia, 1917, p. 9.

2.- EL CONVENIO CONCURSAL EN LA ETAPA DE CONCILIACIÓN

La etapa de conciliación en los concursos mercantiles regulados por la actual ley equivale a lo que en su tiempo fue el procedimiento de suspensión de pagos regulado expresamente en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos e implícitamente en el Código de Comercio.

La finalidad de la etapa de conciliación viene señalada en el artículo 3º de la Ley de Concursos Mercantiles y consiste en lograr la conservación de la empresa del Comerciante mediante el convenio que suscriba con sus acreedores reconocidos.

La manera en la que se cumple la finalidad de la etapa de conciliación es mediante la suscripción de un convenio. Esto es, la salvaguarda de la empresa no se obtendrá sino mediante la suscripción de un convenio.

Ahora bien, la suscripción de un convenio es sólo una de las partes que integra la etapa de conciliación, por tanto la etapa de conciliación no se agota en la celebración de un convenio.

La anterior distinción y precisión es de vital importancia, puesto que, como se verá, el artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles incorrectamente señala que la etapa de conciliación tendrá una duración definida, siendo que lo que tiene la duración definida es sólo una parte del todo: la celebración de un convenio.

En efecto, lo que tiene duración definida es el plazo para la celebración de un convenio, más toda la etapa de conciliación no tiene una duración definida.

2.1 Qué comprende la etapa de conciliación.

En este apartado veremos qué procedimientos comprenden la etapa de conciliación en un procedimiento concursal, para así advertir que la celebración de un convenio, si bien es la finalidad primordial de dicha etapa, no es el único procedimiento que se realiza en la misma.

2.1.1 La apertura de la etapa de conciliación por virtud de la declaración de concurso mercantil.

La etapa de conciliación se inicia por una resolución judicial. Dicha resolución judicial es la sentencia que declara al comerciante en concurso mercantil. La apertura de la etapa de conciliación es forzosa en los casos de la declaración de concurso mercantil involuntario¹⁹ y optativa en los casos de concurso mercantil voluntario.

2.1.2. La designación del conciliador.

¹⁹ A menos de que el deudor se allane en la demanda a la pretensión del actor de iniciar el concurso mercantil inmediatamente en etapa de quiebra.

Una vez abierta la etapa de conciliación, se da inicio al procedimiento de designación del conciliador, especialista en concursos mercantiles, auxiliar de la administración de justicia, que ayudará al juez concursal, rector del procedimiento, a llevar a cabo las tareas propias del concurso mercantil y de su etapa de conciliación.

El procedimiento de designación del conciliador inicia en la propia sentencia de concurso mercantil, puesto que tal y como lo señala la fracción IV del artículo 43 de la Ley de Concursos Mercantiles la sentencia de declaración de concurso mercantil contendrá la orden al Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles para que designe al conciliador a través del mecanismo aleatorio previamente establecido.

2.1.3. Publicación de la sentencia de concurso mercantil.

La publicación de la sentencia de concurso mercantil tiene dentro del procedimiento concursal en etapa de conciliación tres efectos esenciales: 1) da inicio al plazo previsto en el artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles para la celebración del convenio concursal, 2) sirve de notificación para los acreedores a quienes no se pudiera notificar de manera personal, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 45 de la Ley de Concursos Mercantiles y 3) da inicio al plazo para ejercer la primera vía de insinuación al pasivo.

La publicación de la sentencia de concurso mercantil es una obligación procesal a cargo del conciliador y una carga procesal a cargo de cualquier acreedor. En efecto, el artículo 45 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el conciliador hará publicar un extracto de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación y en uno de los diarios de mayor circulación en la localidad en donde se siga el juicio.

En cambio, los acreedores no están obligados a hacer la publicación de la sentencia de concurso mercantil, pero si quieren que el plazo señalado en el artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles empiece a correr ya, ante la pasividad del conciliador de cumplir con su obligación prevista en el artículo 45 del propio ordenamiento, sea por la causa que sea (falta de provisión de recursos por parte del comerciante), tendrán que cumplir con la carga procesal de solicitar al juez concursal la entrega de los extractos para a su costa hacer las publicaciones correspondientes.

2.1.4. El procedimiento de reconocimiento de créditos.

El procedimiento de reconocimiento de créditos es un procedimiento común tanto para la etapa de conciliación como para la etapa de quiebra. Para la etapa de quiebra resulta importante el resultado de dicho procedimiento, puesto que sólo así se podrá determinar a qué persona se pagará, por cuánto y en qué prelación con el patrimonio del concursado.

Para la etapa de conciliación, el resultado del procedimiento de reconocimiento de créditos también es de vital importancia, puesto que sólo así

se podrá determinar quiénes serán los acreedores que podrán dotar de eficacia al convenio concursal.

El procedimiento de reconocimiento de créditos inicia formalmente a partir de la publicación del extracto de la sentencia de concurso mercantil, lo que no impide que antes de dicha publicación el conciliador pueda ir avanzando en este procedimiento, máxime que puede contar de antemano con la lista de acreedores proporcionada tanto por la comerciante al momento de la presentación de su solicitud de concurso mercantil como por el dictamen rendido por el visitador, en su caso.

A partir de dicha publicación a todos los acreedores de la comerciante les comienza a correr el término para ejercer la primera vía de insinuación al pasivo de su deudor, ya que a partir de dicha publicación contarán con veinte días naturales para presentar sus solicitudes de reconocimiento de crédito ante el conciliador.

2.1.4.1 Presentación de solicitud de reconocimiento de créditos.

La fracción I del artículo 122 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que los acreedores podrán solicitar el reconocimiento de sus créditos dentro de los veinte días naturales siguientes a la fecha de publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación.

Las solicitudes de reconocimiento de crédito servirán al conciliador para a partir de las mismas elaborar la lista provisional de acreedores.

2.1.4.2. Elaboración de la lista provisional.

La elaboración de la lista provisional de acreedores está a cargo del conciliador, quien cuenta con un plazo de treinta días naturales siguientes a la publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación. Dicha lista se elaborará de acuerdo a los formatos que al efecto determine el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles.

El artículo 121 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que la lista provisional deberá elaborarse con base en la contabilidad del comerciante; los demás documentos que permitan determinar su pasivo; la información que el propio comerciante y su personal estarán obligados a proporcionar al conciliador, así como, en su caso, la información que se desprenda del dictamen del visitador y de las solicitudes de reconocimiento de créditos que se presenten.

El contenido esencial de dicha lista provisional viene determinado por el artículo 128 de la Ley de Concursos Mercantiles, del cual se desprenderá la cuantía, grado y prelación que el conciliador estime le corresponde a cada acreedor.

2.1.4.3. Objeción a la lista provisional.

La lista provisional debe ser presentada por el conciliador ante el juez concursal. Una vez presentada ésta, el juez la pondrá a la vista del comerciante y de los acreedores. El momento en el que surta efectos la notificación del auto dictado por el juez concursal en donde ordena la vista de la lista provisional, es el momento a partir del cual empieza a correr el término para ejercer la segunda vía de insinuación al pasivo de su deudor, ya que a partir de ese momento contarán con cinco días hábiles²⁰ para presentar por escrito al conciliador, por conducto del juez, sus objeciones, tal como lo ordenan los artículos 122 fracción II y 129 de la Ley de Concursos Mercantiles.

2.1.4.3.1. Objeción por el Comerciante.

La lista provisional puede ser objetada tanto por el Comerciante como por cualquier acreedor. Los motivos por los cuales el Comerciante podría objetar la lista provisional, entre otros, serían los siguientes.

i) Que un acreedor fue reconocido en la lista provisional cuando en realidad no es acreedor de la comerciante;

ii) Que un acreedor fue reconocido en la lista provisional por un monto superior al que le corresponde a la realidad;

iii) Que un acreedor fue reconocido en la lista provisional por un monto inferior al que le corresponde a la realidad;²¹

iii) Que a un acreedor se le confirió un grado que no corresponde a la realidad;²²

iv) Que a un acreedor le fue conferida una prelación que no corresponde a la realidad.

De acuerdo a lo anterior, el Comerciante podrá objetar la lista provisional ya que cuenta con el interés jurídico de que su pasivo esté correctamente reconocido, puesto que ello influirá en el éxito de un convenio concursal, en la etapa de conciliación, así como en la finalización del pago a los acreedores con la enajenación del activo, en la etapa de quiebra.

2.1.4.3.2. Objeción por un acreedor.

²⁰ Antes de la reforma de la Ley de Concursos Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014 eran días naturales.

²¹ ¿Por qué le interesaría al Comerciante que se rectifique la lista de acreedores para que aumente el monto de su pasivo?, como se verá a lo largo de esta obra, entre más sea el monto del crédito debido a un acreedor, mayor será la influencia de dicho acreedor para lograr las mayorías necesarias para obtener un convenio eficaz. Por tanto, el Comerciante puede ir sabiendo con qué acreedores será más fácil negociar la celebración de un convenio concursal, y por ende, le interesará que dichos acreedores sean los que tengan mayor influencia para lograr las mayorías, esto es, que tengan un monto mayor de su crédito reconocido. Así, si el acreedor es omiso en objetar la lista provisional en cuanto al monto de su crédito, el Comerciante sí tendría interés jurídico en que dicho monto se rectifique y se establezca uno mayor.

²² Por ejemplo, el concursado tendría interés en objetar la lista provisional que otorgó el grado de acreedor con garantía real a un acreedor para que sea reconocido simplemente como acreedor común y así vincularlo en el convenio que se llegue a celebrar con la mayoría de acreedores que dotan de eficacia al convenio concursal.

La lista provisional puede ser objetada por cualquier acreedor, con independencia de que el acreedor objetante aparezca en la lista provisional. Los motivos por los cuales el acreedor podría objetar la lista provisional, entre otros, serían los siguientes:

i) Que no se le reconoció como acreedor. Recordemos que la objeción a la lista provisional constituye el segundo medio a través del cual un acreedor puede insinuarse al pasivo del comerciante. Dicha objeción puede realizarse con independencia de que previamente no se hubiere presentado ante el conciliador la solicitud de reconocimiento de créditos.

ii) Que no se le reconoció por el monto, grado y prelación debidos.

iii) Que se reconoció a otro acreedor cuando en realidad no debía de reconocerse, o porque no se le debió de reconocer con tal monto, grado y prelación. Un acreedor tiene interés jurídico en objetar el reconocimiento de otro acreedor ya que, como lo dice Fassi y Gebhardt, *“aun cuando todos los acreedores son la parte opuesta al deudor, cada uno de ellos sufre el desmedro de la concurrencia de los otros. Cuantos más créditos se verifican, más problemático será el cobro propio”*,²³ y no sólo por el cobro propio, sino que un acreedor, al igual que el comerciante, puede ir sabiendo qué acreedor votaría a favor o en contra del convenio. José María Moreno señala que *“como cada crédito que aparece, disminuye una parte proporcional del activo común, los demás acreedores y el fallido, tienen un interés real en contradecir su admisión, para cerciorarse de su legitimidad y precaverse contra la introducción de créditos falsos, que arrebatarían una parte en los dividendos a los legítimos”*.²⁴

2.1.4.4. Presentación de la lista definitiva.

Vencido el término para formular las objeciones a la lista provisional, el artículo 130 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el conciliador tendrá un plazo de diez días hábiles para la formulación y presentación de la lista definitiva, misma que deberá elaborar con base en la lista provisional de créditos y en las objeciones que en su caso presenten en su contra, además de la solicitudes de reconocimiento de crédito que se presenten hasta ese momento.

2.1.4.5. Sentencia de Reconocimiento, Graduación y Prelación de Créditos.

A partir de que se tenga por recibida la lista definitiva, el juez contará con cinco días hábiles para dictar la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Nada dice el artículo 132 de la Ley de Concursos Mercantiles sobre si se deben citar los autos al dictado de dicha sentencia y si a partir de la citación empieza a correr el plazo de cinco días hábiles. En la

²³ Fassi, Santiago y Gebhardt, Marcelo, *Concursos y quiebras*, Astrea, Argentina, 1997, p. 21.

²⁴ Moreno, José María, *Estudios sobre las quiebras*, Imprenta y comercio del Plata, Argentina, 1864, p. 202.

práctica nos hemos encontrado que sí resulta conveniente solicitar el citado de la sentencia, tal vez por la inercia que tienen los juzgadores de tramitar procedimientos que se rigen bajo el principio dispositivo, olvidando que el procedimiento concursal es de orden público y que dichos juzgadores son los rectores del procedimiento.

2.1.4.6. Apelación a la sentencia de Reconocimiento, Graduación y Prelación de Créditos.

El artículo 135 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que contra la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos procede el recurso de apelación, mismo que deberá ser admitido en el sólo efecto devolutivo.

Esta apelación tiene una naturaleza *sui generis* ya que además de funcionar como un recurso vertical ordinario en donde el tribunal de alzada analiza la legalidad de la sentencia impugnada en base a los agravios expresados al momento de interponer el recurso, también funciona como una continuación de la primera instancia, en donde se podrán aportar argumentos y pruebas no expuestos en la primera instancia.

Los mismos motivos que pueden llevar al Comerciante y a cualquier acreedor a objetar la lista provisional, son los motivos que los pueden llevar a apelar la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Sin embargo, debe añadirse que el conciliador y los interventores, en su caso, podrán también apelar dicha sentencia.

2.1.4.6.1 Interposición del Recurso de Apelación.

El artículo 136 de la Ley de Concursos Mercantiles señala quiénes podrán interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Los legitimados para interponer dicho recurso son:

- El Comerciante.
- Cualquier acreedor, ya sea que fuera reconocido en la sentencia apelada o que no lo hubiere sido.
- Los interventores que hubieren sido nombrados por los acreedores con derecho a ello.
- El conciliador, en caso de que se hubiere dictado dicha sentencia durante la etapa de conciliación.
- El síndico, en caso de que se hubiere dictado dicha sentencia durante la etapa de quiebra.
- El Ministerio Público, únicamente si figuró como demandante del concurso mercantil.

El artículo 137 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el plazo para interponer dicho recurso es de nueve días hábiles contados a partir de que surta efectos la notificación de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

2.1.4.6.2. Ofrecimiento de pruebas.

El artículo 138 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que en el mismo escrito a través del cual se interponga el recurso, el apelante deberá hacer la expresión de agravios, ofrecer pruebas y señalar constancias que deban incluirse en el testimonio respectivo.

2.1.4.6.3. Admisión del recurso por el juez de primera instancia.

El juez de primera instancia tiene facultades para admitir y desechar el recurso de apelación. La admisión del recurso será confirmada por el tribunal de alzada. Si el juez decide desechar el recurso, por ejemplo por virtud de que el apelante no señaló las constancias que debían incluirse en testimonio respectivo, dicho desechamiento puede ser combatido mediante el recurso de revocación.

El artículo 139 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que en el auto en el que se admita el recurso de apelación, el juez mandará correr traslado a las contrapartes del apelante para que, dentro de los nueve días siguientes a la notificación, contesten lo que a su derecho convenga y ofrezcan sus pruebas. La cuestión aquí consiste en determinar quién es la contraria del apelante, situación que será relevante para las copias de traslado del escrito de agravios que el apelante deberá de exhibir y la oportunidad de dicha contraparte de contestar los agravios y ofrecer sus pruebas.

2.1.4.6.4. Avocamiento de la apelación.

El artículo 141 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que una vez que el tribunal de alzada reciba los escritos de apelación así como el testimonio de constancias, sin más trámite, decidirá sobre la admisión del recurso.

Contra la admisión o desechamiento del recurso de apelación por parte del tribunal de alzada procede el recurso de revocación y no el recurso de reposición, puesto que éste último recurso no está previsto en la Ley de Concursos Mercantiles, y el recurso de revocación no encuentra limitativa en cuanto a su procedencia respecto únicamente de los autos dictados en primera instancia, es decir, también procede contra los autos dictados en segunda instancia, tal como lo es el auto dictado por el tribunal unitario actuando como órgano de alzada que admite o desecha el recurso de apelación.

2.1.4.6.5. Admisión de pruebas.

El artículo 142 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que las pruebas que el tribunal de alzada admita deberán desahogarse en una audiencia a celebrarse dentro de los diez días siguientes a la admisión del recurso de apelación.

2.1.4.6.6. Desahogo de pruebas.

Las pruebas que requieran de desahogo y no puedan desahogarse por su propia naturaleza, habrán de hacerlo en la audiencia de desahogo de pruebas y formulación de alegatos a la que hace referencia el artículo 142 de la Ley de Concursos Mercantiles.

2.1.4.6.7. Dictado de Sentencia de Apelación.

El segundo párrafo del artículo 142 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que desahogada la audiencia de desahogo de pruebas y formulación de alegatos el tribunal de alzada citará para sentencia y resolverá la apelación dentro de los cinco días siguientes.

2.1.4.6.8. Consecuencias jurídicas del sólo efecto devolutivo en el que se admite el recurso de apelación.

Con los acreedores que aparezcan como reconocidos en la sentencia de primera instancia se puede suscribir tanto la propuesta de convenio como el convenio mismo, sin embargo la aprobación de dicho convenio no podrá acontecer sino hasta que se resuelva la apelación que se interponga en contra de la referida sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

Esto es, aun y cuando la apelación contra la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos se admita en el sólo efecto devolutivo, lo que implica que el procedimiento de primera instancia pueda continuar, aun así el juez no deberá de aprobar el convenio que le fue presentado por los acreedores que aparecieron en la sentencia de primera instancia sino hasta en tanto se resuelva el recurso de apelación.

2.1.5. La propuesta del convenio y el convenio mismo.

Dentro de los artículos del 161 al 166 de la Ley de Concursos Mercantiles se hace referencia tanto a la propuesta de convenio como al convenio mismo. Así, podemos interpretar que mientras que la propuesta de convenio se presenta a los acreedores para que opinen sobre la misma y en su caso suscriban el convenio propuesto, el convenio que ya fue suscrito se presenta ante el juez para su aprobación.

Bajo la anterior premisa se pueden advertir las siguientes imprecisiones.

Primera imprecisión.- El primer párrafo del artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguiente:

Artículo 161.- El conciliador, una vez que considere que cuenta con la opinión favorable del Comerciante y de la mayoría de Acreedores Reconocidos necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio, la pondrá a la vista de los Acreedores Reconocidos por un plazo de diez días para que opinen sobre ésta y, en su caso, suscriban el convenio.

La imprecisión radica en que mientras que el referido artículo hace referencia a una mayoría "*necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio*", en la Ley de Concursos Mercantiles no existe precepto alguno que

señale en qué consiste dicha mayoría, ya que lo que sí señala es la mayoría requerida para que un convenio sea eficaz (art. 157), lo cual es distinto al concepto de mayoría “necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio”. Por ende, dicho párrafo habrá de interpretarse en el sentido de que el conciliador presentará la propuesta de convenio una vez que considere que cuenta con la opinión favorable de la mayoría de acreedores reconocidos necesaria para dotar de eficacia al convenio concursal en los términos del artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Segunda imprecisión.- El artículo 164 de la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguiente:

Artículo 164.- Transcurrido el plazo a que se hace referencia en el artículo 162 de esta Ley, el juez verificará que la propuesta de convenio reúna todos los requisitos previstos en el presente Capítulo y no contravenga disposiciones de orden público. En este caso el juez dictará la resolución que apruebe el convenio.

La imprecisión radica en que el objeto de la resolución de aprobación no es la propuesta de convenio sino el convenio mismo. Esto es, el juez aprueba el convenio concursal y no la propuesta, ya que la propuesta tiene una vida temporal que dura desde el momento en que es puesta a la vista a los acreedores para los efectos del primer párrafo del artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles, esto es, para que opinen sobre la propuesta y en su caso suscriban el convenio, hasta el momento en que la propuesta de convenio es suscrita. Por tanto, lo que aprueba el juez no es la propuesta de convenio, sino el convenio mismo. Máxime que el plazo al que se hace referencia en el artículo 162 de la Ley de Concursos Mercantiles lo es para presentar objeciones y ejercer el derecho de veto en contra del convenio mismo y no de su propuesta. Por ende, el artículo 164 de la Ley de Concursos Mercantiles habrá de interpretarse en el sentido de que transcurrido el plazo a que se hace referencia en el artículo 162 de dicha ley, el juez verificará que el convenio reúna todos los requisitos previstos en el Capítulo Único del Título Quinto de la ley y no contravenga disposiciones de orden público para que, en ese caso, dicte resolución que apruebe el convenio.

De los siguientes puntos se advertirá con más claridad la distinción que debe de hacerse entre propuesta de convenio y convenio concursal.

2.1.6. La propuesta de convenio.

La propuesta del convenio es una recomendación sobre los términos y condiciones bajo los cuales se deberá de suscribir el convenio concursal. La propuesta de convenio se convertirá en el convenio definitivo cuando sea suscrita por los acreedores reconocidos necesarios para dotar de eficacia al convenio concursal.

2.1.6.1. Su presentación para vista a los acreedores reconocidos.

El primer párrafo del artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que una vez que el conciliador considere que cuenta con la opinión favorable del Comerciante y de la mayoría de Acreedores Reconocidos

necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio, la pondrá a la vista de los Acreedores Reconocidos por un plazo de diez días para que opinen sobre ésta y, en su caso, suscriban el convenio. Esto es, lo que presentará el conciliador será una propuesta de convenio y no el convenio mismo.

La presentación de la propuesta del convenio a la vista de los acreedores reconocidos es para el efecto de que dentro de un plazo de diez días:

- Se opine sobre la propuesta de convenio.
- Se suscriba el convenio.

La propuesta del convenio no podrá presentarse si el conciliador no considera que cuenta con la opinión favorable del Comerciante y de la mayoría de los Acreedores Reconocidos necesaria para dotar de eficacia al convenio concursal. El primer párrafo del artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que, para poder presentar la propuesta del convenio, el conciliador deberá de contar con la opinión favorable del Comerciante y *“de la mayoría de Acreedores Reconocidos necesaria para la aprobación de la propuesta de convenio”*, sin embargo consideramos que ello es un error de técnica legislativa ya que la propuesta de convenio no es la que se aprueba sino que lo que se aprueba es el convenio mismo. Esto es, la propuesta de convenio no necesita de aprobación sino únicamente la propuesta se presenta a los acreedores reconocidos para que éstos opinen sobre ella y en su caso suscriban el convenio. El convenio es el que será materia de aprobación si es que cuenta con el consentimiento de los acreedores que pueden dotar de eficacia al convenio.

Por ende, es conveniente distinguir entre propuesta de convenio y el convenio mismo.

Así, la presentación de la propuesta de convenio no es la que interrumpe el plazo para el dictado de la quiebra, sino que la que lo interrumpe es la presentación del convenio.

En efecto, el artículo 167 de la Ley de Concursos Mercantiles, en su fracción II, señala que el comerciante en concurso mercantil será declarado en estado de quiebra cuando transcurra el término para la conciliación y sus prórrogas si se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de lo previsto en dicha ley.

De ahí que el sometimiento del convenio para su aprobación, y no la presentación de la propuesta de convenio, sea el que sirve para interrumpir el término para que se dicte la quiebra y dicho término, quedará suspendido por todo el tiempo que dure el procedimiento para la aprobación del convenio sometido, sin que se reanude el mismo ya que si se aprueba el convenio se termina el concurso mercantil y si se reprueba el convenio se abre la etapa de quiebra.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que a la propuesta de convenio se deberá de adjuntar un resumen del mismo que contenga sus características principales expresadas de manera clara y ordenada.

2.1.6.2. Requisitos para la presentación de la propuesta de convenio.

Para que el conciliador proceda en los términos del artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles es necesario únicamente que cuente con la opinión tanto del comerciante como de la mayoría de los Acreedores Reconocidos necesaria para la aprobación del convenio. Es decir, no es necesario que dicha propuesta vaya suscrita ya por el comerciante y por dichos acreedores, puesto que basta que ellos hayan manifestado al conciliador su opinión favorable sobre el convenio.

2.1.6.3. Vista a los acreedores con la propuesta de convenio.

La vista por diez días a la que alude el artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles es para que los acreedores adopten dos actitudes: opinen sobre el convenio y suscriban el convenio. El referido artículo no señala en dónde deberá el conciliador poner a la vista la propuesta de convenio, por lo que surge la duda de si es en las oficinas del conciliador o en los autos del proceso concursal.

2.1.7 Presentación del convenio suscrito.

El tercer párrafo del artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que transcurrido un plazo de siete días contados a partir de que venzan los diez días otorgados para la vista a los acreedores, el conciliador presentará al juez el convenio debidamente suscrito por el Comerciante y al menos la mayoría requerida de acreedores reconocidos. La mayoría a la que se debe de entender que hace referencia dicho artículo es a la mayoría de acreedores necesaria para dotar de eficacia al convenio concursal a la que se hace referencia en el artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles.

2.1.8 Vista a los acreedores con el convenio suscrito.

El artículo 162 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el convenio suscrito en los términos del tercer párrafo del artículo 161 de la Ley deberá ser presentado ante el juez, quien deberá ponerlo a la vista de los Acreedores Reconocidos por el término de cinco días para que: objeten la autenticidad de su consentimiento y ejerzan su derecho de veto.

2.1.9. Objeción respecto de la autenticidad de la expresión de su consentimiento.

Esta objeción la pueden realizar únicamente los acreedores que aparezcan como signantes del convenio y la materia de la objeción consistirá en la manifestación del objetante en cuanto a que los términos y condiciones

que aparecen en el convenio no son aquellos sobre los cuales dicho objetante expresó su voluntad u opinión favorable.

2.1.10. Derecho de veto.

El derecho de veto encuentra su fundamento en el artículo 163 de la Ley de Concursos Mercantiles. Dicho artículo, antes de la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada en Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014, señalaba que el convenio suscrito y presentado ante el juez para los efectos del artículo 162 de la Ley, podría ser vetado por una mayoría simple de acreedores reconocidos comunes, o bien por cualquier número de éstos, cuyos créditos reconocidos representen conjuntamente al menos el cincuenta por ciento del monto total de los créditos reconocidos a dichos acreedores. Mediante la referida reforma, se suprimió la procedencia del veto por mayoría simple de acreedores reconocidos comunes.

El último párrafo de dicho artículo señala que no podrán ejercer el veto de los acreedores reconocidos comunes que no hayan suscrito el convenio si en éste se prevé el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de dicho ordenamiento. Tampoco pueden ejercer su derecho de veto cualquier otro acreedor que no sea común. Es decir, sólo los acreedores comunes pueden ejercer el derecho de veto.

2.1.10.1. El veto de la mayoría simple de los acreedores comunes.

Anteriormente, en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, un convenio concursal se consideraba eficaz si el mismo se encontraba suscrito por dos tipos de mayorías: mayorías en número de acreedores y mayoría en capital de acreedores. La explicación de dicha exigencia la podemos encontrar con Vidari:

prevalecerá el criterio del número de los acreedores o aquel de la cantidad de los intereses? Si tuviera que prevalecer sólo el número, bien podría darse que muchos pequeños acreedores unidos en conjunto y cuyos créditos sin embargo no ascienden sino a una ligera parte de aquellos reconocidos a algunos grandes acreedores, impusieran violentamente la ley a estos, mientras que lo que se trata en la quiebra es una competencia de intereses y no de personas. Dos acreedores que tuvieran créditos por medio millón de liras podrían también ser derrotados por diez acreedores que no tuvieran créditos sino por cien mil liras. Si tuviese que prevalecer sólo la cantidad de los intereses, se correría el peligro opuesto; esto es, de poner muchos pequeños acreedores en plena y absoluta merced de los grandes; mientras, si la quiebra es, como se ha dicho, una competencia de intereses y no de personas, importa sin embargo que cada interés, por grande o pequeño que sea, sea eficazmente tutelado y satisfecho.²⁵

²⁵ *“prevarrà il criterio del numero dei creditori o quello della quantità degli interessi? – Se dovesse prevalere soltanto il numero, ben potrebbe darsi che molti piccoli creditori uniti insieme ed i crediti dei quali tuttavia non ammontassero che ad una tenue parte di quelli professati da alcuni grandi creditori, imponessero violentamente la legge a questi, mentre quella che si agita nei fallimenti è una gara di interessi e non di persone. Due creditori che avessero crediti per mezzo milione di lire potrebbero anche essere sopraffatti da dieci creditori che pur non avessero crediti che per cento mila lire. – Se dovesse prevalere soltanto la quantità degli interessi, si correbbe il rischio opposto; cioè, di mettere molti piccoli creditori in piena assoluta balia dei grandi; mentre, se quella dei fallimenti, come si è detto dianzi, è gara d’interessi e non di persone, importa però che ogni interesse, grado o piccolo che sia, venga*

Prospero Ascoli señala que “*el voto prevalente decisivo debe ser aquél de los intereses, no aquél de los interesados*”,²⁶ por ello se atiende al monto del capital (*interés*) y no al número de los acreedores (*interesados*).

La Ley de Concursos Mercantiles, antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014, disponía que el convenio concursal sería eficaz únicamente si contaba con el consentimiento de la mayoría de capital de acreedores comunes, sin embargo la eficacia del convenio concursal adoptado por la mayoría de capital de acreedores comunes estaba supeditada a que la mayoría de número de acreedores comunes no ejercieran su derecho de veto.

Así, la eficacia del convenio concursal adoptado por la mayoría de capital de acreedores quedaría perfeccionada una vez que transcurriera el plazo para el ejercicio del derecho del veto y que dicho veto no haya sido realizado por la mayoría en número de acreedores comunes.

Actualmente, la reforma referida derogó el derecho de veto de los acreedores que representaban la mayoría en número de acreedores comunes.

2.1.10.2. El veto de la mayoría por capital de los acreedores comunes.

Anteriormente, en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, la mayoría en capital para dotar de eficacia a un convenio concursal únicamente podría provenir de los acreedores comunes, ya que los acreedores con garantía real estaban impedidos para votar y suscribir el convenio.

Actualmente, la Ley de Concursos Mercantiles permite que los acreedores con garantía real suscriban el convenio para así obtener una mayoría en capital y poder otorgarle eficacia al convenio concursal, sin embargo la eficacia del convenio concursal adoptado por la mayoría de capital en la que participó un acreedor con garantía real estará supeditada a que cualquier acreedor o acreedores comunes que representen la mayoría del capital de los acreedores comunes no ejerza su derecho de veto.

Es decir, en nuestro actual sistema concursal un convenio concursal puede ser eficaz no obstante que no esté suscrito por la mayoría en número de acreedores comunes y no obstante que no esté suscrito por la mayoría en capital de acreedores comunes.

Sin embargo, dicha eficacia está supeditada a que la mayoría en capital de acreedores comunes no ejerza su derecho de veto.

efficacemente tutelato e soddisfatto”, Vidari, Ercole, *I fallimenti. Trattazione sistematica*, Ulrico, Hoepli, Italia, 1886, p. 696.

²⁶ “*il voto prevalente decisivo dev’essere quello degli interessi, non quello degli interessati*” Ascoli, Prospero, *La Moratorio ed il Concordato Preventivo*, Editore-Librajo Della Real Casa, Italia, 1896, p. 139.

A este respecto, la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguiente:

Para evitar que una mayoría lograda de esta manera (por medio del voto de los acreedores reconocidos con garantía real) imponga condiciones desventajosas a la mayoría de los acreedores comunes, se permite a éstos vetar la propuesta, así, quienes estén en desacuerdo con la propuesta tendrán la debida oportunidad de objetarla, pero el convenio puede prosperar si se abstienen de manifestar su desacuerdo.

Lo anterior se puede explicar con este ejemplo: un comerciante tiene diez acreedores comunes y un acreedor con garantía real que en conjunto, ambos tipos de acreedores, suman un pasivo de cien millones de pesos y que están distribuidos como sigue:

Acreedor común 1, treinta millones de pesos.
Acreedor común 2, quince millones de pesos.
Acreedor común 3, quince millones de pesos.
Acreedor común 4, tres millones de pesos.
Acreedor común 5, tres millones de pesos.
Acreedor común 6, tres millones de pesos.
Acreedor común 7, tres millones de pesos.
Acreedor común 8, un millón de pesos.
Acreedor común 9, un millón de pesos.
Acreedor común 10, un millón de pesos.
Acreedor con garantía real, veinticinco millones de pesos.
Total: cien millones de pesos.

En este ejemplo, el convenio fue suscrito por el acreedor común 1 y el acreedor con garantía real, por tanto, el mismo se consideraría eficaz, en los términos del artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles. En efecto, el crédito del acreedor común 1 y el acreedor con garantía real suman cincuenta y cinco millones de pesos, por tanto, superan el cincuenta por ciento de los cien millones de pesos que conforman la totalidad de los créditos reconocidos a los acreedores comunes junto con el crédito reconocido al acreedor con garantía real que suscribió el convenio.

Sin embargo, en este caso, el convenio podría ser vetado por los siguientes acreedores:

1.- Por los acreedores comunes 2, 3, 4, 5 y 6, ya que dichos acreedores, en su conjunto, conforman la mayoría en capital de los acreedores comunes. En efecto, dichos acreedores representan treinta y nueve millones de pesos de los setenta y cinco millones de pesos reconocidos a la totalidad de los acreedores comunes. Por tanto, el convenio se consideraría vetado por los acreedores reconocidos comunes que representan conjuntamente al menos el cincuenta por ciento del monto total de los créditos reconocidos a dichos acreedores.

2.- De acuerdo a la Ley de Concursos Mercantiles antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014, por los

acreedores comunes 5, 6, 7, 8, 9 y 10, ya que dichos acreedores, aun cuando en su conjunto sumen únicamente doce millones de pesos de los setenta y cinco millones que fueron reconocidos para la totalidad de los acreedores comunes, aun así conforman la mayoría simple en número de acreedores comunes. En efecto, si son diez los acreedores comunes y vetan el convenio seis de los mismos, es claro que dicho convenio se encuentra vetado por la mayoría simple de los acreedores reconocidos comunes.

2.1.10.3. Acreedores que no tienen derecho de veto.

No tendrán derecho de veto los acreedores a quienes no obligaría el convenio concursal, es decir sólo los acreedores comunes que no suscribieron el convenio podrán vetar el mismo, siempre y cuando sea vetado por la mayoría exigida por el artículo 163 de la Ley de Concursos Mercantiles, puesto que son a dichos acreedores a quienes obligará el convenio suscrito por la mayoría de acreedores a que se refiere el artículo 157 de dicho ordenamiento.

Por esa razón, un acreedor con garantía real no tendría derecho a vetar el convenio concursal. Es decir, si al acreedor con garantía real que no suscribió el convenio, no le obligará el mismo, luego no tendría derecho a vetarlo.

Sin embargo, el artículo 160 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el acreedor con garantía real habrá de estar vinculado al convenio si en el convenio mismo se contempla el pago del valor de su garantía, por tanto, el negarle al acreedor con garantía real el derecho de veto podría generar una situación de injusticia.

En efecto, puede ocurrir que el valor del bien objeto de la garantía sea equivalente al monto del crédito reconocido al acreedor con garantía real, pero también puede ocurrir que el valor del bien objeto de la garantía sea inferior al crédito reconocido. En este último caso se debe de reconocer al acreedor con garantía real el derecho a vetar el convenio hasta por el monto de la diferencia entre el valor de su garantía y el monto de su crédito reconocido. Ello es así, puesto que el remanente insoluto que no fue cubierto con el bien sujeto a un derecho real de garantía a favor del acreedor, deberá ser liquidado con el patrimonio común del deudor, esto es, el acreedor con garantía real se convertirá en acreedor común por el remanente insoluto, por ello, con dicha calidad de acreedor común, tendrá derecho a vetar el convenio.

Lo anterior con independencia de que el acreedor con garantía real no hubiere ejercitado el derecho consignado en los párrafos segundo y tercero del artículo 89 de la Ley de Concursos Mercantiles cuyo texto es el siguiente:

Para efectos de determinar la participación de los acreedores con garantía real en las decisiones que les corresponda tomar conforme a esta Ley, el monto de sus créditos a la fecha de declaración del concurso, se convertirán a UDIs en términos de lo establecido para los créditos sin garantía real en las fracciones I y II de este artículo. Los acreedores con garantía real participarán como tales por este monto, independientemente del valor de sus garantías, salvo que decidan ejercer la opción prevista en el párrafo siguiente.

Cuando un acreedor con garantía real considere que el valor de su garantía es inferior al monto del adeudo por capital y accesorios a la fecha de declaración del concurso mercantil, podrá solicitar al juez que se le considere como acreedor con garantía real por el valor que el propio acreedor le atribuya a su garantía, y como acreedor común por el remanente. El valor que el acreedor le atribuya a su garantía se convertirá en UDIs al valor de la fecha de declaración del concurso mercantil. En este caso, el acreedor deberá renunciar expresamente, en favor de la Masa, a cualquier excedente entre el precio que se obtenga al ejecutar la garantía y el valor que le atribuyó, considerando el valor de las UDIs de la fecha en que tenga lugar la ejecución.

La razón que justifica la anterior interpretación radica en que el acreedor con garantía real no puede prever, ni está obligado a hacerlo, que en el convenio concursal se vaya a hacer pago del valor de su garantía en los términos del 160 de la Ley de Concursos Mercantiles. Por tanto, aun y cuando no hubiere hecho uso del derecho previsto en el párrafo segundo del artículo 89 de la Ley de Concursos Mercantiles, habrá de ser considerado como acreedor común hasta por el remanente insoluto de su crédito reconocido y parcialmente cubierto con el valor de la garantía de acuerdo al convenio al cual se le vincula en los términos del 160 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Precisamente, en congruencia con lo anterior, es que el último enunciado del artículo 160 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que cualquier excedente del adeudo reconocido con respecto al valor de la garantía, será considerado como crédito común y, como crédito común, el acreedor con garantía real podrá ejercitar su derecho de veto al convenio.

2.1.10.4. Efectos del veto eficaz de los acreedores.

Conviene ahora preguntarse cuáles son los efectos del veto realizado ya sea por la mayoría en número de acreedores (*de acuerdo a la Ley de Concursos Mercantiles antes de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014*) o por la mayoría en capital de acreedores comunes. Dos podrían ser las soluciones: 1) el convenio se aprueba y es vinculante para todos los acreedores que lo suscribieron y para los que no ejercitaron el derecho de veto, siendo inaplicable y no obligatorio para aquellos acreedores que ejercitaron el derecho de veto, dándose término al concurso mercantil en etapa de conciliación; o 2) el convenio se reprueba y se abre la etapa de quiebra.

Nos inclinamos por la segunda solución ya que el convenio concursal no puede dejar sin resolver la situación jurídica de la totalidad de los acreedores del deudor concursado que podrían vincularse al mismo, atendiendo al principio de concursabilidad tal y como nos lo explica Satta:

la concursabilidad de un procedimiento implica que la consecuencia de la crisis económica de la empresa, y por tanto la insatisfacción de los acreedores, es reparada, no sólo con una reglamentación de todas las relaciones, sino con una reglamentación igual para todas las relaciones (*par conditio creditorum*).²⁷

²⁷ *“La concursualità di una procedura implica che la conseguenza della crisi economica dell’impresa, e cioè l’insoddisfamento dei creditori, è riparata con un regolamento di tutti i rapporti, non solo, ma con*

Esta interpretación se corrobora si se acude a la fracción II del artículo 165 de la Ley de Concursos Mercantiles que señala que el convenio aprobado por el juez obligará a todos los acreedores reconocidos comunes. Es decir, no señala dicho artículo que el convenio obligará a los acreedores reconocidos comunes que no hayan ejercitado su derecho de veto. Por tanto, se puede concluir que el convenio: *i)* o sí obliga a todos los acreedores reconocidos comunes aun y cuando alguno de estos hubieren ejercido su derecho de veto; *ii)* o no obliga a ninguno de los acreedores reconocidos comunes en virtud de que la mayoría calificada de acreedores reconocidos comunes ejercitó su derecho de veto.

Por ello, los efectos del veto realizado ya sea por la mayoría en número de acreedores o por la mayoría en capital de acreedores comunes serán la reprobación del convenio y la apertura de la etapa de quiebra.

2.1.10.5. Cláusulas que no son materia de veto.

El último párrafo del artículo 163 de la Ley de Concursos Mercantiles en relación con su artículo 158 señala que el convenio se considerará suscrito por los acreedores reconocidos comunes, los cuales no podrán ejercer el derecho de veto, cuando el convenio prevea con respecto de su crédito lo siguiente:

I.- El pago del adeudo que era exigible a la fecha en que surtió efectos la sentencia de concurso mercantil, convertido a Unidades de Inversión al día de la sentencia de concurso mercantil, pago que deberá de hacerse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la aprobación del convenio, considerando el valor de las Unidades de Inversión del día en que se efectúe el pago;

II.- El pago de todas las cantidades y accesorios que se hubieran hecho exigibles conforme al contrato vigente, desde la fecha de la sentencia de declaración de concurso mercantil, hasta la de aprobación del convenio, de no haberse declarado el concurso mercantil y suponiendo que el monto referido en la fracción anterior se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil. Estas cantidades se convertirán en Unidades de Inversión al valor de la fecha en que se hubiera hecho exigible cada pago, pago que deberá de hacerse dentro de los treinta días hábiles siguientes a la aprobación del convenio, considerando el valor de las Unidades de Inversión del día en que se efectúe el pago; y

III.- El pago, en las fechas, por los montos y en la denominación convenidos, de las obligaciones que, conforme al contrato respectivo, se hagan exigibles a partir de la aprobación del convenio, suponiendo que el monto referido en la fracción I se hubiera pagado el día de la sentencia de concurso mercantil y que los pagos referidos en la fracción II se hubieran realizado en el momento en que resultaran exigibles.

un uguale regolamento per tutti i rapporti (par condijio creditorum)”, Satta, Salvatore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Soc. Ed. del Foro Italiano, Italia, 1943, p.22.

Lo anterior aplica para los acreedores reconocidos comunes, pero también aplica para los acreedores reconocidos con garantía real aun y cuando no hayan suscrito el convenio. En efecto, el artículo 160 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que aquellos acreedores reconocidos con garantía real que no hayan participado en el convenio que se suscriba, podrán iniciar o continuar con la ejecución de sus garantías, a menos que el convenio contemple el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de dicha Ley. Esto constituye una excepción al principio general consistente en que el convenio no obliga al acreedor reconocido con garantía real que no suscribe el mismo.

La intención del legislador fue, según la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles, *“evitar que la ejecución desordenada de las garantías obstaculice la instancia de preservación de valor que ofrece el concurso”*.

2.1.11. Momento procesal oportuno para aprobar el convenio concursal.

Hemos sido testigos en la práctica de sentencias de apelación que revocan las sentencias de aprobación del convenio concursal por considerar que dicho convenio fue aprobado en un momento procesal inoportuno. Por ende, debemos de abordar la cuestión sobre cuál es el momento procesal oportuno para aprobar el convenio concursal.

2.1.11.1 Después de dictada la sentencia de apelación interpuesta en contra de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

La apelación en contra de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos aun y cuando se admita en el sólo efecto devolutivo, sí incide en el trámite de la aprobación del convenio concursal.

Entonces, debemos preguntarnos si el convenio concursal puede aprobarse aun y cuando esté pendiente de dictarse la sentencia de apelación o si es necesario esperar al dictado de dicha sentencia para poder aprobar el convenio concursal.

Para responder lo anterior primero debemos de tener presente que uno de los efectos de la aprobación del convenio concursal es la terminación del procedimiento de concurso mercantil. Así lo señalan los artículos 166 y 262 fracción I de la Ley de Concursos Mercantiles cuyo texto es el siguiente:

Artículo 166.- Con la sentencia de aprobación del convenio, se dará por terminado el concurso mercantil y cesarán en sus funciones los órganos del mismo. Al efecto, el juez ordenará al conciliador la cancelación de las inscripciones que con motivo del concurso mercantil se hayan realizado en los registros públicos.

Artículo 262.- El juez declarará concluido el concurso mercantil en los siguientes casos:

- I. Cuando se apruebe un convenio en términos del Título Quinto de esta Ley;

Igualmente, se debe acudir al artículo 233 de la Ley de Concursos Mercantiles cuyo texto es el siguiente:

Artículo 233.- Si, en el momento en que debiera terminarse el concurso mercantil, hubiese aún créditos pendientes de reconocimiento por haber sido impugnada la sentencia que los reconoció, el juez esperará para declarar la terminación del concurso mercantil hasta que se resuelva la impugnación correspondiente.

En esta tesitura, si la aprobación del convenio concursal tiene por efecto dar por terminado el concurso mercantil y si éste no puede terminarse si aún existen créditos pendientes de reconocer (*o de desconocer, si fueron indebidamente reconocidos en la sentencia apelada*), luego habría de concluirse que la aprobación deberá de esperar hasta que se resuelva la impugnación en contra de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

No obsta a la anterior conclusión lo señalado en el segundo párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles relativo a la previsión de reservas.

En efecto, el segundo párrafo de dicho numeral señala que el convenio deberá de prever reservas suficientes para el pago de las diferencias que puedan resultar de las impugnaciones que se encuentren pendientes de resolver y de los créditos fiscales por determinar. Sin embargo, aun y cuando estén previstas dichas reservas, ello no faculta al juez para aprobar el convenio mientras esté pendiente de resolverse la apelación en contra de la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos.

Lo anterior se estima así, ya que la previsión de reservas tiene como finalidad el evitar modificaciones sucesivas a los términos y condiciones del convenio concursal de acuerdo al resultado que arroje la apelación contra la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos. Es decir, el legislador exige que se realice un ejercicio de previsión sobre las posibles modificaciones que pudiera sufrir la sentencia de primera instancia de acuerdo a los términos en que fue formulada la apelación en su contra, para que dichas posibles modificaciones se encuentren abordadas en el convenio concursal.

Una razón adicional de la anterior interpretación que se propone la encontramos en el hecho de que el resultado de las labores de reconocimiento de créditos no únicamente incide en lo relativo a quién se le va a pagar o cuánto se le va a pagar, sino que también incide en quién va a poder votar o suscribir un convenio concursal y obligar a la minoría de acreedores.

Así, puede darse el caso de que el convenio sea suscrito por ciertos acreedores que se ostentan como la mayoría y que fueron reconocidos por la sentencia de primer grado pero que posteriormente sean desconocidos por la sentencia de apelación. Y dicha hipótesis no es la que puede ser materia de las reservas a las que se hace referencia en el segundo párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles. Esto es, el convenio suscrito por la mayoría de acreedores no puede prever una reserva para el caso de que del resultado de la apelación desaparezca la mayoría de los acreedores que suscribieron el

convenio, y es que si desaparece la mayoría, entonces no hay convenio eficaz sobre el cual operará la reserva.

En conclusión, la previsión de reservas a las que se refiere el segundo párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles únicamente servirá para evitar modificaciones sucesivas a los términos y condiciones del convenio concursal de acuerdo al resultado que arroje la apelación contra la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, pero la previsión de dichas reservas no justifican que se apruebe el convenio estando pendiente de resolverse el referido recurso de apelación.

La doctrina concursal expone las razones por las cuales no debe aprobarse el convenio concursal sino hasta que estén concluidas las labores de reconocimiento de créditos.

Eduardo Pallares formula la siguiente cuestión y su respuesta:

158.- ¿En qué estado del juicio de quiebra pueden celebrarse los convenios? En cualquier estado posterior al reconocimiento de créditos ...²⁸

Silvestre Moreno Cora señala:

la ley ha sometido todos los créditos presentados contra el fallido, a un procedimiento especial que se llama reconocimiento o rectificación de créditos. Con él termina el período preparatorio de la quiebra, porque la ley permite al deudor común, según lo veremos más adelante, después que sus créditos han sido reconocidos y rectificadas, celebrar convenios con sus acreedores, y es claro que para ello se necesitan dos cosas: primero, tener la certeza de que los acreedores que han de intervenir en tales convenios lo son en realidad; y segundo, tener igualmente un conocimiento perfecto del activo y pasivo de la negociación.²⁹

José A. Ramírez señala lo siguiente:

Lo normal y natural es que la quiebra, proceso de ejecución colectiva, acabe con la liquidación realización del patrimonio del deudor y reparto de su importe entre los acreedores. Así lo hemos repetido insistentemente. Pero a veces, por no decir casi siempre, conviene o interesa más a los acreedores, una vez que conocen la situación patrimonial del deudor – activo y pasivo-, llegar a una inteligencia con el mismo, que evite o disminuya el daño inherente a toda venta de bienes en liquidación judicial o forzosa, y ahorre los gastos improductivos de la quiebra.³⁰

... ..

Tal facultad legal, no cabe duda, favorecía o al menos permitía el fraude y el abuso, ya que no exigiéndose el previo reconocimiento de los créditos, era fácil al quebrado no ya negociar un convenio, sino imponerlo, valiéndose para ello de acreedores simulados – total o parcialmente-, que le diesen la mayoría necesaria para su aprobación.³¹

²⁸ Pallares, Eduardo, *Tratado de las quiebras*, Porrúa, México, 1937, p. 219.

²⁹ Moreno Cora, Silvestre, *Tratado de derecho mercantil mexicano*, Herrero Hermanos Sucesores, México, 1905, p. 412.

³⁰ Ramírez, José. A, *La quiebra*, BOSCH, España, 1959, tomo III, p. 123.

³¹ *Ibid*, p. 172.

Para Francisco Hernández Barondo, el convenio debe aprobarse hasta que quede ejecutoriada la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de créditos, puesto que de no serlo así se podrían cometer grandes abusos y fraudes al serle sobradamente fácil al deudor hacer concurrir al concurso muchos créditos simulados y conseguir de este modo una mayoría que aceptaba un convenio perjudicial para los acreedores legítimos.³²

Alfredo Rocco señala lo siguiente:

La formación de la voluntad colectiva a través de la asamblea deliberante por mayoría no es posible, si no cuando la verificación de los acreedores ha verificado el número y la cantidad de los cuotas singulares de participación, sin la cual la constitución de una mayoría no podría tener una base segura y legal, ni podría, sobre el fundamento de ella, tener vinculada a la minoría.³³

Ramella señala:

Si bien ya en el balance elaborado por el quebrado o por el síndico se comprueban los créditos, sin embargo pueden estos no corresponder a la verdad, no tanto por error sino por mala fe del quebrado que haya simulado deudas inexistentes, o existentes o revocables la verificación de los créditos, y así del monto preciso del pasivo, permite apreciar, en relación al activo, la potencia económica del quebrado y por tanto la mayor conveniencia de una solución que de otra al procedimiento.³⁴

Mediante el inventario y formación del balance el estado patrimonial del quebrado adquiere clara expresión, especialmente en cuanto a la relación del activo con el pasivo, observación que tiene especial importancia para la posición jurídica de los acreedores en el caso de la propuesta de concordato.³⁵

En la doctrina francesa, Lyon-Caen & Renault señalan lo siguiente:

La verificación del activo y del pasivo es indispensable para aclarar a los acreedores sobre el punto de saber cuál es para ellos la solución más ventajosa a otorgar al concurso y para determinar el derecho de cada acreedor. Hay, así, en

³² Hernández Barondo, Francisco, Notas sobre el Derecho Español en Navarrini, Humberto, *Op. Cit.*, p. 391.

³³ “*La formazione della volontà collettiva a mezzo dell’assemblea deliberante per maggioranza non è possibile, se non quando la verifica dei crediti ha accertato il numero e l’entità delle singole quote di partecipazione, senza di che la costituzione di una maggioranza non potrebbe avere una base sicura e legale, né potrebbe, sul fondamento di essa, tener vincolata la minoranza*” Rocco, Alfredo, *Il Concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Fratelli Bocca Editori, Italia, 1902, p. 332.

³⁴ “*Sebbene già nel bilancio compilato dal fallito o dal curatore si constatino i crediti, possono però questi non corrispondere al vero, non tanto per errore quanto per mala fede del fallito che abbia simulati debiti inesistenti, o estinti o revocabili L’accertamento dei crediti, e così del preciso ammontare del passivo, permette d’apprezzare, in rapporto all’attivo, la potenza economica del fallito e quindi la convenienza più d’una che d’altra soluzione alla procedura*” Ramella, Agostino, *Tratatto del fallimento*, Societa Editrice Libreria, Italia, 1904, vol. 1, pp. 490 y 491.

³⁵ “*Mediante l’inventario e formazione del bilancio lo stato patrimoniale del fallito acquista chiara espressione, specialmente quanto al rapporto dell’attivo col passivo, il qual rilievo ha speciale importanza per la posizione giuridica dei creditori nel caso di proposta di concordato*” *Ibid.*, vol. 2, p. 98.

todo concurso un periodo preparatorio o de información, que precede la decisión de los acreedores relativa a la solución del concurso. ...³⁶

Resaltan Lyon-Caen & Renault que “además, los acreedores no pueden deliberar con conocimiento de causa si no ha sido previamente bien fijado tanto el monto del pasivo del concursado como el del activo”.³⁷

Augustin-Charles Renouard señala que “mientras la verificación de créditos no esté completa, mientras el verdadero estado del activo y del pasivo no esté completo, mientras que el verdadero estado del activo y del pasivo no sea conocido, un concordato es un trato tenebroso donde se alojan con facilidad la astucia y el fraude”.³⁸

Massé señala:

Sin embargo la formación de este contrato ha sido rodeada de precauciones que protegen todos los intereses. Así, el concordato no puede ser acordado sino después de que la verificación y afirmación de acreedores ha permitido, comparando el pasivo del deudor con el activo, determinar su posición y de apreciar qué sacrificios se deben imponer los acreedores.³⁹

Bravard-Veyrières dice que “se requiere necesariamente, antes que se delibere sobre dicho acuerdo, que el activo y el pasivo hayan sido debidamente constatados. Es por tanto claro que el concordato no puede preceder ni al inventario ni a la verificación de créditos: debe necesariamente sucederle”.⁴⁰

Thaller señala:

Toda solución de la quiebra necesita un primer periodo, llamado preparatorio, mejor aún informativo, o simplemente periodo de verificación de acreedores.⁴¹

³⁶ “La constatation de l’actif et du passif est indispensable pour éclairer les créanciers sur le point de savoir quelle est pour eux la solution la plus avantageuse à donner à la faillite et pour déterminer le droit de chaque créancier. Il y a ainsi dans toute faillite une période préparatoire ou d’information, que précède la décision des créanciers relative à la solution de la faillite” Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VII, p. 463.

³⁷ “Puis, les créanciers ne peuvent délibérer en connaissance de causa que si l’on est préalablement bien fixé sur le montant du passif de la faillite, comme sur celui de l’actif” *Ibid.*, p. 493.

³⁸ “Tant que la vérification des créances n’est pas complète, tant que l’état vrai de l’actif et du passif n’est pas complet, tant que l’état vrai de l’actif et du passif n’est pas connu, un concordat est un traité ténébreux où se logent trop à l’aise la ruse et la fraude” Renouard, Augustin-Charles, *Traité des faillites et banqueroutes*, Guillaumin, Francia, 1857, tomo II, p. 11.

³⁹ “Mais la formation de ce traité a été entourée de précautions qui protègent tous les intérêts. Ainsi, le concordat ne peut être consenti qu’après que la vérification et l’affirmation des créances a permis, en comparant le passif du débiteur avec son actif, de déterminer sa position et d’apprécier quels sacrifices les créanciers doivent s’imposer” Massé, M.G, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des Gens et le droit civil*, Guillaumin, Francia, 1844, tomo IV, p. 353.

⁴⁰ “il faut nécessairement, avant qu’on délibère sur ce traité, que l’actif et le passif aient été régulièrement constatés. Il est donc clair que le concordat ne peut précéder ni l’inventaire ni la vérification des créances: il doit nécessairement les suivre” Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, Chevalier-Marescq, Francia, 1891, tomo V, p. 371.

⁴¹ “Toute solution de la faillite nécessite une première période, appelée préparatoire, mieux encore informative, ou tout simplement période de vérification des créances” Thaller, Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial*, Rousseau et Cie, Francia, 1931, p. 1249.

André Jacquemont dice:

Cuando la finalidad primordial de un procedimiento colectivo sea asegurar una regulación ordenada de acreedores sometidos a un plano de igualdad, sería lógico que el conocimiento de dicho pasivo a pagar sea una preocupación esencial.⁴²

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguientes:

El procedimiento concursal no se paraliza en el reconocimiento de créditos, sino que continúa automáticamente su curso.
(Y que el procedimiento de reconocimiento de créditos) debe ocurrir con tiempo suficiente para celebrar el convenio antes de que termine el plazo establecido para la conciliación.

Anteriormente, la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos decía en su artículo 296 que el convenio podría celebrarse terminado el reconocimiento de créditos. El texto de dicho artículo es el siguiente:

Artículo 296. En cualquier estado del juicio, terminado el reconocimiento de crédito y antes de la distribución final, el quebrado y sus acreedores podrán celebrar los convenios que estimen oportunos.

Es decir, bajo la legislación anterior, no podría celebrarse el convenio si no había culminado ya el procedimiento de reconocimiento de créditos.

Por ello podemos concluir que es inoportuna la aprobación del convenio concursal antes de culminadas las labores de reconocimiento de créditos.

2.1.11.2 Después de resueltas las impugnaciones de actos hechos en fraude de acreedores.

Dentro de los actos en fraude de acreedores, pueden existir aquellos que tengan como efecto el disminuir el patrimonio del deudor o el aumentar su pasivo. Este pasivo fraudulento puede ser utilizado en perjuicio de los acreedores para obtener mayorías para la aprobación del convenio. Igualmente, los acreedores al ponderar sobre la solución alternativa a la quiebra mediante el convenio, deberán de tener conocimiento sobre el estado del activo del comerciante y dicho estado del activo se verá modificado dependiendo del resultado del procedimiento de impugnación de los actos en fraude de acreedores.

Por ende, habrá que esperar a que culmine el procedimiento de impugnación de actos en fraude de acreedores para poder abordar la aprobación del convenio concursal.

Lyon-Caen & Renault señalan lo siguiente:

⁴² *“Lorsque la finalité première d’une procédure collective était d’assurer un règlement ordonné des créanciers placés sur un pied d’égalité, il était logique que la connaissance de ce passif à payer soit une préoccupation essentielle”* Jacquemont, Andre, *Droits des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, Francia, 2009, p. 261.

Antes de que los acreedores sean llamados a pronunciarse sobre la solución que el concursado deba recibir, es decir a decidir si quieren ya sea pactar con el concursado un concordato simple o por abandono, sea ponerlo en estado de liquidación, se requiere que el activo sea conocido, que todas las medidas sean tomadas para resarcir el desvío de ciertos bienes en perjuicio de la masa.⁴³

Y también por eso se debe esperar también a que se resuelva la ampliación de la fecha de retroacción, pues como dice Lyon-Caen & Renault:

Antes de que pudiese ser pasado a la deliberación de los acreedores que hayan de pronunciarse sobre el concordato, se requiere necesariamente que el balance haya sido elaborado, que la fecha de retroacción haya sido definitivamente fijada ... la necesidad resulta de que aquella fecha influye en las nulidades de actos hechos por el concursado antes de la sentencia que declara el concurso mercantil; estas nulidades disminuyen con frecuencia el número de acreedores y, consecuentemente, el monto del pasivo del concursado.⁴⁴

Como se verá con posterioridad, un convenio concursal únicamente puede ser aprobado si ha respetado el *principio de mayor beneficio*. Para ponderar si dicho principio fue respetado, habrá que hacerse una valuación aproximada del activo del Comerciante y determinar cuánto le tocaría a cada acreedor común de venderse dicho activo en la etapa de quiebra. Si el convenio le representa al acreedor común que no signó el mismo una solución igual o mejor que la que propone la quiebra, entonces el convenio habrá respetado el *principio de mayor beneficio*. Entonces, en esta ponderación, se habrá de identificar al activo de la Comerciante y dicha ponderación no puede realizarse si aún no se sabe si determinado activo regresará al patrimonio del Comerciante por comprobarse la existencia de un acto en fraude de acreedores.

Por ejemplo, el activo del Comerciante antes de resueltas las acciones revocatorias asciende a veinte millones de pesos. Por tanto, los acreedores comunes que representan cien millones de pesos, en caso de quiebra verán satisfechos sus créditos en un veinte por ciento, de ahí que un convenio concursal con una quita del ochenta por ciento respeta el *principio de mayor beneficio*. Pero si una vez resueltas las acciones revocatorias, regresa al patrimonio del Comerciante un activo con valor de treinta millones de pesos, entonces la solución que aportaría la quiebra sería una satisfacción del crédito en un cincuenta por ciento, en consecuencia el convenio concursal con una quita del ochenta por ciento no respetaría el *principio de mayor beneficio*, pues los acreedores estarían mejores en la quiebra que en dicho convenio.

2.1.11.3 Después de resueltas las acciones de separación.

⁴³ “Avant que les créanciers soient appelés à se prononcer sur la solution que la faillite doit recevoir, c’est-à-dire à décider s’ils veulent, soit accorder au failli un concordat simple ou par abandon, soit se mettre en état d’union, il faut que l’actif soit constaté, que toutes les mesures soient prises pour empêcher le détournement de certains biens au préjudice de la masse” Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VII, p. 464.

⁴⁴ “Avant qu’il puisse être passé à la délibération des créanciers qui ont à se prononcer sur le concordat, il faut nécessairement que le bilan ait été dressé, que la date de la cessation des paiements ait été définitivement fixée ... la nécessité en résulte de ce que cette date influe sur les nulités des actes faits par le failli avant le jugement déclaratif ; ces nulités diminuent souvent le nombre des créanciers et, par suite, le montant du passif de la faillite” *Ibid.*, p. 532.

Los acreedores al ponderar sobre la solución alternativa a la quiebra mediante el convenio, deberán de tener conocimiento sobre el estado del activo del comerciante y dicho estado del activo se verá modificado dependiendo del resultado del procedimiento de depuración del mismo, esto es, de la institución de la reivindicación en la quiebra o separación de bienes. Por tanto si dicho activo es la garantía efectiva de la satisfacción de los acreedores y si en el concordato se ponderará la capacidad de satisfacción del patrimonio del deudor, entonces es necesario esperar a que culminen la labores de depuración de la masa de hecho para estar frente a la masa de derecho tal y como lo explica Joaquín Rodríguez Rodríguez:

La ocupación comprende todos los bienes que existen en poder del quebrado, en el momento de la declaración de la quiebra; es como una instantánea fotográfica de dichos bienes, con independencia de su auténtica pertenencia al deudor insolvente.

... ..

Se integra, así, lo que la doctrina ha dado en llamar la masa de hecho. A través de la ocupación, se ha de constituir el bloque patrimonial que represente la garantía efectiva de la satisfacción de los acreedores; pero por su carácter y por el modo de llevarse a cabo, precisa practicar una serie de operaciones para la depuración de los bienes integrados en aquella masa de hecho, con el objeto de constituir la masa de derecho o conjunto de bienes que por disposición de la ley quedan legalmente afectados para atender a aquella satisfacción.⁴⁵

2.1.12. Aprobación del convenio concursal.

El artículo 164 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que vencido el plazo para ejercer el derecho de veto, el juez dictará resolución en la cual apruebe el convenio. Sólo el convenio que sea aprobado es el que vincula a los acreedores disidentes o ausentes. Esta vinculación a los acreedores disidentes y ausentes, como se verá en otro apartado, hace necesario que la aprobación del convenio venga de la autoridad judicial.

2.1.13 Causas de no aprobación del convenio concursal.

El artículo 164 de la Ley de Concursos Mercantiles señala dos causas por las cuales el juez concursal podrá no aprobar el convenio concursal que le fue sometido a su aprobación: 1) que el convenio concursal no reúna todos los requisitos previstos en el capítulo único del título quinto de la referida Ley; y 2) que el convenio contravenga disposiciones de orden público.

2.1.13.1. Incumplimiento de los requisitos previstos en el Capítulo Único del Título Quinto de la Ley de Concursos Mercantiles.

¿Cuáles son los requisitos previstos en el Capítulo Único del Título Quinto de la Ley de Concursos Mercantiles?. Dicho capítulo se encuentra

⁴⁵ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *La separación de bienes en la quiebra*, Imprenta Universitaria, Mexico, 1951, p. 11.

comprendido por los artículos del 145 al 166, sin embargo sólo algunos de los mismos hacen referencia a requisitos que deban de ser reunidos.

Podemos clasificar los requisitos previstos en el Capítulo Único del Título Quinto de la Ley de Concursos Mercantiles de la siguiente manera: requisitos de oportunidad, requisitos de fondo, requisitos de forma y requisitos de consentimiento.

2.1.13.1.1. Oportunidad.

Oportunidad. El convenio concursal para que sea aprobado debe de ser oportuno procesalmente y la oportunidad procesal viene regulada en el artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles. Es decir, el convenio concursal será oportuno si fue sometido a la aprobación del juez concursal dentro de los ciento ochenta y cinco días naturales siguientes a la publicación de la sentencia de concurso mercantil en el Diario Oficial de la Federación o dentro de la prórroga de dicho plazo y su ampliación.

Podría pensarse que el requisito de oportunidad realmente no es un requisito para aprobar el convenio concursal atendiendo a que si transcurre el plazo previsto en el artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles sin que se someta a aprobación un convenio concursal procede dictar de plano la sentencia de quiebra con fundamento en la fracción II del artículo 167 de la referida Ley y por lo tanto, transitado a la etapa de quiebra, es jurídicamente imposible someter un convenio concursal preventivo de la quiebra.

No obstante lo anterior, el Juez concursal, al momento de pronunciarse sobre la aprobación del convenio concursal, debe cerciorarse de que el mismo fue procesalmente oportuno, es decir, si fue sometido a su aprobación dentro del plazo previsto en el artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles.

13.1.13.1.2. Requisitos de fondo.

Dentro de la clasificación de requisitos de fondo encontramos los siguientes.

i.- Estudios y avalúos. El artículo 151 de la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguiente:

Artículo 151.- El conciliador recomendará la realización de los estudios y avalúos que considere necesarios para la consecución de un convenio, poniéndolos, por conducto del juez, a disposición de los acreedores y del Comerciante con excepción de aquella información que tenga el carácter de confidencial en términos de las disposiciones aplicables.

Surge entonces la cuestión relativa a si la realización de estudios y avalúos constituye un requisito para la aprobación del convenio concursal. Dicho de otro modo, la cuestión consiste en determinar si el convenio concursal debe estar sustentado en estudios y avalúos para poder ser aprobado.

La interpretación literal de dicho artículo permite concluir que la realización de estudios y avalúos no sería un requisito para la aprobación del convenio ya que la realización de los mismos es a manera de una mera recomendación y que los mismos se realizarían si se consideran necesarios para la consecución de un convenio, si no se consideran necesarios, es decir, si un convenio puede conseguirse sin los mismos, entonces no se realizarían dichos estudios y avalúos.

Sin embargo, la interpretación literal y aislada del artículo 151 de la Ley de Concursos Mercantiles no resulta una interpretación correcta, sino que dicho numeral se debe de interpretar de manera sistemática con el resto del articulado de dicho cuerpo normativo.

La interpretación sistemática arroja un resultado diverso. En efecto, la vinculación del convenio concursal frente a los acreedores que no signaron el mismo únicamente se justifica si los términos de pago de dicho convenio son iguales o más favorables al pago que se obtendría en caso de que se declarara la quiebra y se liquidara el patrimonio del deudor.

Ahora bien, si para enajenar algún bien, primero es necesario asignarle un valor, entonces, para poder estimar que la solución que propone el convenio concursal es mejor a la solución que propone la quiebra misma, es necesario contar con un avalúo de los bienes propiedad del concursado.

Así, sabiendo el valor de dichos bienes se podrá comprender y justificar por qué la solución que aporta el convenio concursal es igual o mejor que la solución que aportaría la quiebra misma.

Por tanto, la realización de estudios y avalúos sí constituye un requisito que debe de observarse para poder justificar, con sustento probatorio, por qué la solución alternativa que aporta el convenio es igual o mejor que la solución que aportaría la quiebra misma.

ii.- Contenido obligatorio. El que el convenio concursal contenga lo que el artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles ordena, constituye un requisito que debe reunirse para que el convenio concursal sea aprobado.

iii.- Trato igualitario a acreedores comunes que no suscriban el convenio.

13.1.13.1.3. Requisitos de forma.

De lo dispuesto por el artículo 161 de la Ley de Concursos Mercantiles se desprende que la presentación de la propuesta de convenio así como la presentación del convenio mismo deberá de realizarse en los formatos que dé a conocer el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles.

13.1.13.1.4. Consentimiento.

Para que el convenio concursal sea aprobado debe de reunir el consentimiento de los acreedores a los que se hace referencia el artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles.

2.1.13.2. Contravención al orden público.

Para determinar cuándo un convenio concursal contraviene el orden público, primero es necesario precisar qué es lo que se tutela con rigor de orden público en los concursos mercantiles. La doctrina concursal señala lo siguiente:

... en la insolvencia de los comerciantes, concurren también razones de orden público. En materia de comercio el no pagar las propias deudas, cualquiera que sea la causa, provoca daños a muchas personas, los acreedores, no recibiendo lo que le es debido, no pueden cumplir a su vez, en sus plazos precisos, las obligaciones propias, por tanto se afecta el crédito personal que incluso es la base del comercio. Grande es por tanto el interés del Estado en intervenir, no sólo para que los acreedores obtengan su pago, y permanezcan contenidas las consecuencias del desastre, sino también porque sea protegido el orden público y garantizada la seguridad del comercio.⁴⁶

Bravard-Veyrieres se pregunta “cuál es el fin de toda ley sobre las quiebras ? la de proteger a los acreedores, al deudor mismo y al orden público”.⁴⁷

Candian señala sobre el orden público en los concursos mercantiles lo siguiente:

la ejecución concursal en la quiebra no tiene por objetivo sólo el pago de los acreedores sino también la satisfacción de un interés del Estado a que, a través de un tratamiento rigurosamente igualitario de los acreedores, sea tutelada la ley de la circulación y sean salvaguardadas las exigencias fundamentales de la economía crediticia.⁴⁸

Renzo por su parte señala:

Toda la gravedad del procedimiento consiste en el punto de equilibrio entre interés público e interés privado: de manera que el interés público sea salvaguardado y

⁴⁶ “nell’insolvenza dei commercianti, occorrono anche ragioni di ordine pubblico. In materia di commercio il non pagar i propri debiti, qualunque ne sia la causa, reca nocimento a molte persone, ché i creditori, non ricevendo quanto è loro dovuto, non possono eseguire a loro volta, alle precise scadenze, le proprie obbligazioni; onde se ne scuote il credito personale che pur è la base del commercio. Grande è quindi l’interesse dello Stato ad intervenire, non solo perché i creditori ottengano il loro soddisfacimento, e rimangono localizzate le conseguenze del disastro, ma anche perché sia protetto l’ordine pubblico, e garantita la scurezza del commercio” Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 1, p. 3.

⁴⁷ “Quel est le but de tout loi sur les faillites? C’est de protéger les créanciers, le débiteur lui-même et l’ordre public” Bravard-Veyrieres, *Op. Cit.*, tomo v, p. 3

⁴⁸ “la esecuzione concorsuale nel fallimento no ha per obbiettivo soltanto il soddisfacimento delle ragioni dei creditori ma anche il soddisfacimento di un interesse dello Stato a che, attraverso un trattamento rigorosamente egualitario dei creditori, sia tutelata la legge della circolazione e siano difese le fondamentali esigenze dell’economia creditizia” Candian, Aurelio, *Il proceso di concordato preventivo*, CEDAM, Italia, 1937, p. 13.

asegurado contra la unilateral y absolutística finalidad de los intereses privados y el interés de estos últimos no esté sacrificado o disminuido en la tutela del interés público.⁴⁹

La concesión del concordato – sea preventivo o en la quiebra - representa una gracia del Estado que, en los institutos de los concordatos en la quiebra y preventivos, ejercita a través de los órganos de la magistratura jurisdicente e inquiriente una función reguladora del crédito público y de la economía general. Por esta función, la materia concursal es de orden público; más bien, derecho público.

O, como se suele decir administración pública de intereses privados. El Estado, en su supremo juicio, puede considerar que responde al interés general el evitar una quiebra o remover sus efectos; de mantener o de reinstalar a un empresario en el ejercicio de su actividad, en el interés general de la producción, en vez de aniquilarlo bajo la presión de la ejecución colectiva. En estos casos el Estado concede la prevención de la quiebra (concordato preventivo) o la cesación de la quiebra (concordato concursal).⁵⁰

En nuestro derecho positivo existen un sinnúmero de intereses que se protegen en grado de orden público, por ejemplo, la libre concurrencia o la protección al ambiente. Sin embargo, los concursos mercantiles no están ideados para proteger dichos intereses que otros cuerpos normativos protegen a grado de orden público.

Los intereses que el concurso mercantil tutela a grado de orden público son dos: el primero, la correcta liquidación de la empresa del Comerciante para con su producto hacer pago hasta donde alcance a los acreedores, siguiendo un trato igualitario entre iguales y desigual entre desiguales; y el segundo, la conservación de la empresa del Comerciante, por el valor social y económico que dicha conservación implica.

La vía primordial para lograr la conservación de una empresa de un Comerciante declarado en concurso mercantil lo es mediante un convenio concursal preventivo o restaurativo de la quiebra.

Pero también, el convenio concursal preventivo o restaurativo de la quiebra constituye una solución alternativa a la quiebra. Es decir, no es que se descarte la solución que la quiebra aportaría, sino que se busca llegar al mismo

⁴⁹ *“Tutta la gravità del procedimento consiste sul punto di equilibrio tra interesse pubblico e interesse privato: per modo che l’interesse pubblico sia salvaguardato e assicurato contro le unilaterali e assolutistiche finalità dei privati e l’interesse di questi ultimi non sia sacrificato o diminuito dalla tutela dell’interesse pubblico”* Provinciali, Renzo, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano Giuffrè Editore, Italia, 1962, tomo II, p. 1070.

⁵⁰ *“La concessione del concordato – così preventivo come fallimentare – rappresenta una elargizione dello Stato, che, negli istituti del concordato preventivo e del fallimento, esercita, attraverso gli organi della magistratura giudicante ed inquirente, una funzione regolatrice del credito pubblico e dell’economia generale. Per questa funzione, la materia fallimentare è di ordine pubblico; anzi, diritto pubblico. O, come si suol dire amministrazione pubblica di interessi privati. Lo Stato, nel suo supremo giudizio, può ritenere che risponda all’interesse generale di evitare un fallimento o di rimuoverne gli effetti; di mantenere o di rimettere un imprenditore nell’esercizio della sua attività, nell’interesse generale della produzione, piuttosto che annichilirlo sotto la pressione della esecuzione collettiva. In questi casi lo Stato concede l’esonero dal fallimento (concordato preventivo) o la rimozione del fallimento (concordato fallimentare)”* *Ibid.*, tomo II, p. 1418.

resultado pero a través de otro mecanismo: el convenio en vez de la liquidación de la empresa.

Así, a través del convenio concursal se pueden salvaguardar los dos intereses que, a través del concurso mercantil, se tutelan a grado de orden público, puesto que, mientras que se logra la conservación de la empresa, al evitar la quiebra y la enajenación de la misma, también se logra hacer un pago a los acreedores hasta donde alcanzaría el patrimonio del Comerciante, siguiendo un trato igualitario entre iguales y desigual entre desiguales.

Por tanto, se consideraría que un convenio concursal preventivo de la quiebra contraviene el orden público, si los términos de pago que propone dicho convenio son peores que el pago que se obtendría de enajenar la empresa y repartir el producto entre los acreedores. Es decir, el convenio concursal preventivo de la quiebra contravendría el orden público si no se observa el *principio de mayor beneficio*.

Ahora bien, ¿cómo saber si se ha cumplido con el *principio de mayor beneficio*? La doctrina anglosajona señala lo siguiente:

... el Juez debe hacer un análisis como si estuviera en la etapa de liquidación, haciendo una estimación de la cantidad que se obtendría si se enajenara cada parte del activo y de la masa y después haciendo un cálculo de lo que recibirían con el producto de la venta los acreedores que no suscribieron el convenio.⁵¹

Al respecto, Rocco señala lo siguiente:

La conveniencia de un porcentaje no se puede nunca juzgar con criterios absolutos, sino que necesita siempre adecuarla a las condiciones del patrimonio del deudor. En una quiebra que pueda dar, mediante la liquidación regular, un dividendo del 30%, será desastroso un concordato de sólo el 20%. Pero en una quiebra que habrá de concluirse por insuficiencia de activo, un concordato del 15% será una solución satisfactoria. Comprendo bien que no sea moral el espectáculo de un deudor que pueda pagar a sus acreedores con el 15%. Pero la norma jurídica no puede proponerse la tutela de la moral: y menos aún en la quiebra, donde se trata principalmente de salvar aquello que se puede en el desastre común. Si se quiere por eso, no ya sancionar simplemente al deudor, sino tutelar los intereses de los acreedores, es necesario limitarse a procurar que los pactos concordatarios respondan al interés común. Libertad, por lo tanto a los acreedores de consentir cualquier acuerdo, pero obligación al tribunal de no homologar ningún concordato si el porcentaje prometido no sea proporcional al activo de la quiebra y, en general, si los pactos concordatarios no mejoran la condición de los acreedores de frente a la continuación de la liquidación.⁵²

⁵¹ "the court must do a liquidation analysis, estimating the amount that could be obtained by selling each asset of the estate and then calculating the resulting dividend that would be paid to the nonaccepting creditor", Warren, Elizabeth y Westbrook, Jay Lawrence, *The law of debtors and creditors. Text, cases, and problems*, Wolters Kluwer, E.U.A., 2009, p. 624.

⁵² "La convenienza di una percentuale non si può mai giudicare con criteri assoluti, ma bisogna sempre commisurarla alle condizioni del patrimonio del fallito. In un fallimento che possa dare, mediante la liquidazione regolare, un dividendo del 30%, sarà disastroso un concordato al 20% soltanto. Ma in un fallimento, che dovrà chiudersi per insufficienza d'attivo, un concordato al 15% sarà una soluzione soddisfacente. Comprendo benissimo che non sia morale lo spettacolo di un fallito che riesca a tacitare i suoi creditori col 15%. Ma la norma giuridica non può proporsi la tutela della morale: e meno che mai nel fallimento, dove si tratta principalmente di salvare quello che si può nel disastro comune. Se si vuol

Nigro y Vattermoli señalan:

Si esta es la función que debe ser reconocida al concordato, el favor mostrado por el legislador hacia la solución negociada de la crisis debe necesariamente fundarse sobre el presupuesto que a través del concordato los acreedores concurrentes (de cualquiera rango que sean) puedan recibir más (y/o en anticipo), o en cualquier caso no menos, respecto a aquello que obtendrían de la liquidación y de la sucesiva repartición del activo concursal (p. 275) ... el concordato concursal no puede representar, para los acreedores (cualquiera que sea su categoría), una alternativa económicamente ineficiente respecto a la solución de la liquidación: dicho en otros términos y de manera específica, ningún acreedor puede ser obligado, contra su voluntad, a sufrir los efectos de un acuerdo celebrado por otros, del cual reciba menos (considerando el importe y el tiempo de pago) de aquello que obtendría de la liquidación de los bienes del deudor.⁵³

También Renzo Provinciali señala, sobre la valuación apriorística y potencial del activo, lo siguiente:

Común es, pues, el fin último del concordato preventivo y de la quiebra: esto es, el pago de los acreedores con la entrega de la integridad del patrimonio del deudor: la diferencia está en el empleo de este patrimonio, que en la quiebra viene liquidado y repartido (entre los acreedores) mientras en el concordato preventivo la repartición (entre los acreedores) se funda sobre una valuación apriorística del 'potencial' del patrimonio mismo.⁵⁴

Satta señala que el concordato “se trata de una valuación convenida de un resultado probable de la liquidación”.⁵⁵

Por tanto, el juez, contando con una valuación aproximada del activo propiedad del concursado, podrá hacer una estimación sobre el dividendo que recibirían los acreedores comunes de liquidarse dicho activo y repartirse entre

perciò, non già punire semplicemente il fallito, ma tutelare gli interessi dei creditori, bisogna limitarsi a procurare che i patti concordati rispondano all'interesse comune. Libertà dunque ai creditori di consentire qualunque accordo, ma obbligo fatto al tribunale di non omologare nessun concordato se la percentuale promessa non sia proporzionata all'attivo del fallimento e, in genere, se i patti concordati non migliorino la condizione dei creditori di fronte al proseguimento della liquidazione” Rocco, Alfredo, *Il concordato ... Cit.*, p. 363.

⁵³ “Se questa è la funzione che deve essere riconosciuta al concordato, il favor mostrato dal legislatore verso la soluzione negoziata della crisi deve necessariamente fondarsi sul presupposto che attraverso il concordato i creditori concorrenti (di qualsiasi rango essi siano) possano ricevere di più (e/o in anticipo), o comunque non meno, rispetto a quello che otterrebbero dalla liquidazione e dalla successiva ripartizione dell'attivo fallimentare (p. 275.) ... il concordato fallimentare non può rappresentare, per i creditori (qualsiasi categoria di creditori), un'alternativa economicamente inefficiente rispetto alla soluzione liquidatoria: detto in altri termini e specificando, nessun creditore può essere costretto, contro la sua volontà, a subire gli effetti di un accordo concluso da altri, dal quale riceva meno (considerato l'importo ed il tempo del soddisfacimento) di quello che otterrebbe dalla liquidazione dei beni del debitore (p. 282)” Nigro, Alessandro y Vattermoli, Daniele, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Italia, 2009, pp. 275 y 282.

⁵⁴ “Comune è, poi, il fine ultimo del concordato preventivo e del fallimento: vale a dire, il soddisfacimento dei creditori con la devoluzione dell'intero patrimonio del debitore: la differenza sta nell'impiego di questo patrimonio, che nel fallimento viene liquidato e ripartito (fra i creditori) mentre nel concordato preventivo la ripartizione (fra i creditori) si fonda su una valutazione aprioristica del 'potenziale' del patrimonio stesso” Provinciali, Renzo, *Op. Cit.*, tomo II, p. 1775.

⁵⁵ “si tratta di una valutazione convenuta del risultato probabile della liquidazione”, Satta, Salvatore, *Op. Cit.*, p. 243.

dichos acreedores; y si el dividendo que propone pagar el convenio concursal es inferior al dividendo que se obtendría con la liquidación del activo, luego dicho convenio concursal no estaría respetando el *principio de mayor beneficio* y por tanto, estaría contraviniendo el orden público. Con esto se reafirma aún más lo señalado en esta obra relativo a la necesidad de contar con estudios que sustenten el convenio concursal.

Así, el Juez, al negar la aprobación del convenio que no respete el principio de mayor beneficio, “*protegerá a la minoría contra el exceso de una generosidad injustificada*”.⁵⁶

2.1.13.2.1. Causas subjetivas.

Ahora conviene preguntarse si el juez puede atender al mérito del deudor al momento de ponderar sobre la aprobación del convenio. Es decir, ¿el juez concursal puede preguntarse si el deudor es merecedor del *beneficio* del convenio concursal? y si considera que no es merecedor ¿puede reprobar el convenio concursal por ese motivo?

Bolaffio señala, a este respecto, que “*el tribunal no puede homologarlo (el convenio concursal) si no está persuadido, en su soberana apreciación jurídica y moral, de que el deudor es merecedor del beneficio que implora*”.⁵⁷

Ascarelli señala que “*justo es, en efecto, que el comerciante, honesto y desafortunado, pueda evitar la ruina de la quiebra mediante un concordato aprobado por la mayoría de los acreedores y homologado por el tribunal*”.⁵⁸

Para Vivante “*es digno de protección quien recurrió al crédito dentro de los estrictos límites de su fortuna y se ve acometido por una crisis imprevista que retardando sus cobros lo obliga a suspender sus pagos*”.⁵⁹

Bonelli señala:

Una incapacidad de concordar por causa de indignidad no existe para el quebrado en nuestra ley, la cual insiste en el concepto que el concordato es ventajoso también para los acreedores y al interés del comercio, por tanto no hay razón para negar a ambas partes esta ventaja, sólo porque una de ellas no es merecedora.⁶⁰

Por nuestra parte, para contestar las anteriores cuestiones, debemos preguntarnos primero si el convenio concursal preventivo de la quiebra es un

⁵⁶ “*protègera la minorité contre l’excès d’une générosité injustifiable*”, Bédarride, Jassuda. *Traité des faillites et banqueroutes*, Durand Libraire, Francia, 1862, tomo II, p. 187.

⁵⁷ Bolaffio, Leon, *Derecho comercial, la quiebra*, trad. Jorge Rodríguez Aime y Santiago Sentís Melendo, EDIAR, Argentina, 1954, tomo XX, vol. III, p. 23.

⁵⁸ Ascarelli, Tullio, *Derecho mercantil*, trad. Felipe de J. Tena, Porrúa, México, 1940, p. 688.

⁵⁹ Vivante, Cesar, *Derecho mercantil*, trad. Francisco Blanco Constans, La España Moderna, España, 1929, p. 617.

⁶⁰ “*Un’incapacità di concordare per causa d’indegnità non esiste pel fallito nella nostra legge, la quale insiste sul concetto che il concordato è vantaggioso anche ai creditori e all’interesse del commercio, sicché ‘non v’è ragione di negare ad entrambe le parti questo vantaggio, solo perché una di esse non ne è meritevole*” Bonelli, Gustavo, *Del fallimento*, Dottor Francesco Vallardi, Italia, 1938, vol. 3, p. 36.

beneficio a favor del concursado. El artículo 397 de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos señalaba lo siguiente:

Artículo 397.- Las sociedades irregulares no podrán acogerse al beneficio de la suspensión de pagos.

Así, si la suspensión de pagos es un procedimiento concursal mercantil bajo el cual el deudor evita el dictado de la quiebra mediante la aprobación de un convenio concursal, entonces, bajo la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, el convenio concursal preventivo de la quiebra sí es un beneficio propio del deudor.

Sin embargo, cabe hacer la siguiente precisión, de la cual se advertirá que el convenio concursal no es un beneficio exclusivo del deudor, ni bajo la vigencia de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos ni bajo la vigencia de la actual Ley de Concursos Mercantiles.

En efecto, bajo la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, tanto la quiebra como la suspensión de pagos, son procedimientos concursales mercantiles. Es decir, la referida abrogada ley regulaba dos tipos de concursos mercantiles: la quiebra y la suspensión de pagos. En ambos tipos de concursos mercantiles el procedimiento concursal podría terminar con la aprobación de un convenio celebrado por la mayoría de acreedores. Así, bajo dicha abrogada ley, el convenio concursal no sólo era preventivo de la quiebra, sino también restaurativo, porque podría celebrarse no obstante haberse dictado de la quiebra.

Entonces, si tanto en la quiebra como en la suspensión de pagos podría proponerse y aprobarse un convenio concursal celebrado por la mayoría de acreedores, dicho convenio concursal no es un *beneficio* propio de la suspensión de pagos. En efecto, si fuera el convenio concursal un *beneficio* propio de la suspensión de pagos, entonces no podría proponerse y aprobarse un convenio concursal en el procedimiento concursal de quiebra. Sin embargo, como en ambos tipos de concursos mercantiles, regulados bajo la abrogada ley, se podría proponer y aprobar un convenio concursal celebrado por la mayoría de acreedores, entonces dicho convenio concursal no constituye el *beneficio* al que la suspensión de pagos se refiere.

Debemos preguntarnos, pues, ¿dónde está o en qué consiste el *beneficio* que otorga la suspensión de pagos? Tanto la suspensión de pagos como la quiebra son procesos concursales los cuales pueden concluir con un convenio concursal celebrado por la mayoría de los acreedores. Sin embargo, en la suspensión de pagos, a diferencia de la quiebra, mientras dure el proceso concursal el deudor conservará la administración de su empresa. Ese es el beneficio. Así *“la suspensión de pagos es un beneficio conferido al deudor que ha cesado en sus pagos y gracias al cual su situación es regulada menos rigurosamente y más rápidamente que en caso de quiebra”*.⁶¹

⁶¹ *“la liquidation judiciaire est un bénéfice accordé au commerçant qui a cessé ses paiements et grâce auquel sa situation est réglée moins rigoureusement et plus promptement qu'en cas de faillite”* Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VIII, p. 300.

En efecto, constituye un beneficio para el deudor el que, mientras se resuelve el proceso concursal bajo el cual está inmerso, pueda continuar con la administración de su empresa y no que dicha empresa sea administrada por el síndico, como sucede en la etapa de quiebra.

Sentado lo anterior, podemos concluir que la aprobación de un convenio concursal no es un *beneficio* que pueda *merecer* el deudor. Y es que los efectos del convenio concursal no únicamente benefician al deudor, sino que también benefician a los acreedores que encuentran una mejor solución en cuanto a la recuperación de sus créditos que a la que propone la quiebra e igualmente beneficia a la economía nacional el que una empresa continúe en operación.

Podemos compartir entonces lo que Bonfanti y Garrone señalan en cuanto a que *“en realidad el concurso preventivo tiene como fundamento el interés social (la empresa, el trabajador, los acreedores, etc.) que se proyecta mucho más lejos que el mero beneficio del concursado”*.⁶²

Por ello, las causas subjetivas, las que atañen al *merecimiento* de la aprobación del convenio concursal, no son causas justificadas para no aprobar un convenio concursal, tal y como se abordará en el siguiente punto al hablar de las causas objetivas.

2.1.13.2.2. Causas objetivas.

La doctrina actual, y nuestra legislación concursal, rechaza utilizar causas subjetivas para negar la aprobación del convenio, atendiendo a que la conservación de la empresa no es, necesariamente, una cuestión de mérito del comerciante, sino una cuestión de interés general para la economía nacional, para los acreedores, los trabajadores, el fisco y el resto de las empresas con las que mantiene relación. Estasén señala que *“en todas las legislaciones se nota cómo va disminuyendo el rigor de las disposiciones acerca de los deudores insolventes, a medida que aumenta la cultura de los pueblos”*.⁶³

Boulay-Paty nos dice:

las quiebras son una plaga incurable del estado social; pensar en secar la fuente, sería aspirar a hacer a todos los hombres prevenidos, sabios y felices.⁶⁴

Gonzalez Huebra señala:

Las quiebras son unos accidentes que ocurren, por desgracia, con bastante frecuencia en el comercio. Inseparables de las vicisitudes a que está expuesta

⁶² Bonfanti y Garrone, *Op. Cit.*, p. 125.

⁶³ Estasén, Pedro, *Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras*, REUS, España, 1899, p. 45.

⁶⁴ *“Les faillites sont un plaie incurable de l'état social; songer à en tarir la source, ce serait aspirer à rendre tous les hommes prévoyants, sages et heureux”*, Boulay-Paty, P.S., *Traité des faillites et banqueroutes*, Videcoq, fils Ainé, Francia, 1849, p. XXV.

esta profesión, puede decirse que nacieron con los negocios, y se aumentaron con las relaciones de los pueblos y de los particulares.⁶⁵

Roy Goode señala:

la quiebra de una empresa no representa una falla del capitalismo, sino que es un concomitante necesario de la actividad empresarial. La única manera de evitar el riesgo es no haciendo negocios.⁶⁶

Rocco señala lo siguiente:

... el concordato no es un beneficio concedido al deudor, contra los intereses de los acreedores, sino el resultado de los intereses comunes del deudor y de la masa.⁶⁷

... ..

... no son motivo suficiente de oposición las condiciones morales de la quiebra. Anular un contrato por la inmoralidad de un contrayente, difícilmente se podría comprender: el concordato no es un beneficio, cuya concesión se deba subordinar a la honesta conducta del quebrado; es un contrato en el cual el quebrado y acreedores encuentran el mejor medio para terminar la liquidación de la quiebra.⁶⁸

También, Rocco señala que *“el concordato en sí no es un favor concedido a ninguno: ni al deudor, ni a los acreedores: es simplemente un medio puesto a disposición de los unos y de los otros para salir mejor y más rápido de una situación embarazosa”*.⁶⁹

Ramella dice que *“el concordato beneficia incluso a los acreedores y al comercio en general, y sus intereses no deben por tanto ser sacrificados por lo inmerecido que pueda ser el deudor”*.⁷⁰

Por tanto, este interés general no puede quedar subordinado al merecimiento de un sólo individuo: el comerciante.

A este respecto Bonfanti y Garrone señalan lo siguiente:

En cierto modo es criticable el sometimiento o subordinación de intereses objetivos a problemas puramente subjetivos, de naturaleza ética: los acreedores

⁶⁵ Gonzalez Huebra, Pablo, *Tratado de quiebras*, La Anticuaria, Argentina, 1889, p. 1.

⁶⁶ *“the insolvency of a company does not represent a failure of capitalism, but is a necessary concomitant of entrepreneurial activity. The only way of avoiding risk is by not doing business”*, *Principles of corporate insolvency*, Sweet & Maxwell, Inglaterra, 2011, p. 45.

⁶⁷ *“il concordato non è un beneficio concesso al debitore, contro gli interessi dei creditori, ma la risultante degli interessi comuni del debitore e della massa”* Rocco, Alfredo, *Il concordato ... Cit.*, p. 356.

⁶⁸ *“non sono motivo sufficiente di opposizione le condizioni morali del fallimento. Annullare un contratto per l’immoralità di un contraente, ecco ciò che difficilmente si riuscirebbe a comprendere: il concordato non è un beneficio, la cui concessione si debba subordinare alla onesta condotta del fallito; è un contratto nel quale fallito e creditori trovano il mezzo migliore per terminare la liquidazione del fallimento.”* *Ibid.*, p 475.

⁶⁹ *“Il concordato in sé non è un favore concesso a nessuno: né al debitore, né ai creditori: è semplicemente un mezzo posto a disposizione degli uni e degli altri per uscire meglio e più prontamente da una situazione imbarazzata”* *Ibid.*, p. 13.

⁷⁰ *“il concordato giova pure ai creditori ed al commercio in genere, e non deve quindi il loro interesse essere sacrificato per ciò che immeritevole possa esserne il debitore”* Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 224.

podrían aprobar, hipotéticamente, una propuesta conveniente y bien garantizada, por unanimidad, evitando simultáneamente la liquidación de un patrimonio (y normalmente de una o más empresas). El concordato cumplirá su función específica de salvar bienes, con sano criterio, para la economía nacional y con alto porcentaje, eventualmente, de satisfacción de los derechos de los acreedores; y, no obstante, se producirá la liquidación, por no homologación del acuerdo, del patrimonio mediante la declaración de quiebra sólo porque el comerciante, fue imprevisor en las inversiones, o pródigo en los gastos, o irresponsable al programar la producción, o imprevisor respecto de las exigencias del mercado.⁷¹

Así, si fue culpa o no del comerciante que situara a su empresa en un estado de iliquidez o si lo hizo de manera dolosa, ello no comprometerá la salvaguarda de la empresa puesto que ésta última cuestión escapa a la del castigo que pudiera tener el empresario. Es decir, la sanción penal a las personas que agravaron la situación que llevó a la empresa a concurso mercantil no influirá para determinar si se conserva o no la empresa mediante la aprobación del convenio concursal preventivo de la quiebra.

Como señalan Alegría, Kleidermacher, Farhi y Gebhardt, “*interesa proteger la empresa, a pesar del empresario*”.⁷²

Ese mismo pensamiento es el que sigue nuestra actual Ley de Concursos Mercantiles ya que el comportamiento del deudor concursado no será determinante al momento de ponderar la aprobación del convenio concursal para evitar la desaparición de la empresa.

Por lo anterior, las únicas causas para no aprobar el convenio concursal son causas objetivas, es decir, ajenas a la actitud o el comportamiento del deudor concursado.

2.1.13.3 Discrecionalidad del juez concursal en la aprobación del convenio.

Nos preguntamos ahora si existe discrecionalidad en el juez concursal al momento de aprobar el convenio. Veamos lo que señala la doctrina.

Augustin-Charles Renouard señala:

El Código antiguo, y, como él, la ley nueva, no han dejado en absoluto un camino tan libre a las voluntades individuales de las partes, han multiplicado las condiciones legales destinadas, no solamente a garantizar el orden público, sino también a proteger a los ausentes, a prevenir o frustrar los fraudes, a prevenir la opresión de las minorías.⁷³

Añade Renouard que:

⁷¹ Bonfanti, Mario Alberto y Garrone, Jose Alberto, *Op. Cit.*, p. 318.

⁷² Alegría, Héctor; Kleidermacher, Arnoldo; Farhi de Montalbán, Diana; y Gebhardt, Marcelo. Integraciones a la obra de Pajardi, Piero, *Op. Cit.*, tomo I, p. 226.

⁷³ “*L’ancien Code, et comme lui la loi nouvelle, n’ont point laissé une aussi libre carrière aux volontés individuelles des parties; ils ont multiplié les conditions légales destinées, non-seulement à garantir l’ordre public, mais aussi à protéger les absents, à prévenir ou déjouer les fraudes, à empêcher l’oppression des minorités*” Renouard, Augustin-Charles, *Op. Cit.*, tomo II, p. 11.

El interés privado de los acreedores en el concordato tiene, dentro del voto de la doble mayoría, un signo aparente, pero no infalible; una probabilidad, pero no una certidumbre. La mayoría puede haber estado equivocada, la minoría haber sido sacrificada. Exigir de un tribunal que conceda su aprobación a un acto que le aparece como injusto, violento, colusorio o hasta solamente como imprevisible y temerario, sería un tipo de sacrilegio judicial y despotismo legal.⁷⁴

Ramella señala que:

La mayor parte de las leyes reconocen expresamente al tribunal un amplio poder de apreciación sobre la homologación, especialmente en vista del interés público y de los acreedores. Incluso en el silencio del código actual dicho poder se justifica por las mismas razones que han hecho necesaria la formalidad de la homologación; por este motivo el concordato interesa, además de al orden privado, también al orden público, a cuya salvaguarda debe el tribunal proveer y que la obra del juez no puede ser restringida a una tarea pasiva de registrar y convalidar, sino si de la apreciación de los hechos se convence que fue violada la igualdad de tratamiento entre acreedores, o si hubo fraude, bajo cualquier forma, que ha hecho obtener al quebrado un concordato bajo condiciones muy favorables para él y muy dañosas para los acreedores o que la mayoría de los mismos, por una errada valuación del activo o por excesiva condescendencia, no hayan sabido o querido estimar justamente los intereses de todos. En casos similares, haya o no oposición, competirá al tribunal libertad de examen y de juicio y así una función plenamente autónoma.⁷⁵

Candian dice que *“si es verdad que un voto favorable es necesario, es también verdad que el tribunal no resulta mínimamente vinculado.”*⁷⁶

Renzo Proviciali:

la convocación de los acreedores, con consecuente discusión y voto, tiene una función consultiva para el tribunal, que, sin ser vinculado, utiliza a los acreedores como los órganos más cercanos y sensibles para señalar, del punto de vista de su interés privado, la ‘conveniencia’ del concordato.⁷⁷

⁷⁴ *“L’intérêt privé des créanciers au concordat a, dans le vote de la double majorité, un signe apparent, mais non infaillible ; une probabilité, mais non une certitude. La majorité peut avoir été trompée, la minorité avoir été sacrifiée. Exiger d’un tribunal qu’il attachât son approbation à un acte qui lui apparaissait comme injuste, violent, collusoire, ou seulement même comme imprévoyant et irréfléchi, c’était une sorte de sacrilège judiciaire et de despotisme légal”* Ibid., tomo II, p. 61.

⁷⁵ *“La maggior parte delle leggi riconosce espressamente al tribunale un largo potere d’apprezzamento sull’omologazione, specialmente in vista dell’interesse pubblico e dei creditori. Pur nel silenzio del codice attuale siffatto potere si giustifica per le ragioni stesse che hanno resa necessaria la formalità dell’omologazione; per ciò che il concordato interessa, oltre l’ordine privato, eziandio l’ordine pubblico, alla cui difesa pure deve il tribunale provvedere e che l’opera del giudice non può essere ristretta a un passivo compito di registrazione o convalidazione sebbene dall’apprezzamento dei fatti esso si convinca che fu violata l’uguaglianza di trattamento fra creditori, o vi fu frode, sotto qualunque forma, che ha fatto ottenere al fallito un concordato a condizioni troppo favorevoli per lui e troppo dannose per i creditori o che la maggioranza dei medesimi, per errata valutazione dell’attivo o per eccessiva accondiscendenza, non abbia saputo o voluto estimare giustamente gli interessi di tutti. In simili casi, siavi o non opposizione, competerà al tribunale libertà d’esame e di giudizio e così una funzione pienamente autonoma.”* Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 252.

⁷⁶ *“se è vero che un voto favorevole è necessario, è anche vero che il tribunale non ne risulta menomamente vincolato”* Candian, Aurelio, *Il processo di fallimento*, CEDAM, Italia, 1939, p. 471.

⁷⁷ *“la convocazione dei creditori, con conseguente discussione e voto, ha una funzione consultiva per il tribunale, che, senza esserne vincolato, utilizza i creditori come gli organi più vicini e sensibili per*

Umberto Azzolina:

Es claro, de hecho, que los mejores jueces de la conveniencia del concordato son los mismos acreedores, y en línea de máxima se debe presumir que éstos están perfectamente en grado de tutelarse a sí mismos; por tanto la intervención del Tribunal no puede encontrar justificación sino en casos particulares. Es necesario sin embargo tener presente que el juicio sobre la conveniencia de parte del Tribunal adquiere también, según nosotros, una función de tutela de la minoría contra los eventuales errores o arbitrariedades de la mayoría. La ley, de hecho, subordina la voluntad de la minoría a aquella de la mayoría, en el presupuesto que esta última puede más exacta y eficazmente interpretar los intereses de la entera categoría de los acreedores: lo que puede también no ocurrir, de ahí la necesidad de un adecuado medio correctivo de los inconvenientes susceptibles de derivar.⁷⁸

José María Moreno dice que: *“si la mayoría de acreedores arruina u oprime a la minoría, hay una ofensa a la justicia. Si los acreedores aun cuando estuvieran unánimes, quisieran volver a la vida comercial a un hombre, cuya impunidad fuera un escándalo, cuya falta de probidad pusiera la buena fe de todos en peligro, hay una ofensa a la sociedad”*⁷⁹.

Anteriormente, en nuestra abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos la incidencia que el juez concursal tenía en la decisión sobre la aprobación o no aprobación del convenio se fundamentaba en el artículo 337 de dicho ordenamiento, respecto del cual Joaquín Rodríguez Rodríguez señalaba lo siguiente:

... el art. 337 autoriza al juez no sólo a examinar si se han cumplido todas las normas legales aplicables, sino también para que determine si la suma ofrecida no resulta inferior a las posibilidades del deudor, así como la suficiencia de las garantías que se hayan dado, con lo que prácticamente se le atribuye no sólo un control de regularidad informal, sino un control del fondo para apreciar la procedencia del convenio.⁸⁰

El artículo 337 de dicha abrogada ley señalaba lo siguiente:

Art. 337.- El Juez examinará la proposición del convenio y si se han cumplido todas las normas legales aplicables oírán en la audiencia a los acreedores e interesados que lo soliciten y resolverá acerca de si la suma ofrecida no resulta inferior a las posibilidades del deudor, así como sobre la suficiencia de las garantías de cumplimiento que se hayan dado.

segnalare, dal punto di vista del loro interesse privato, la ‘convenienza’ del concordato” Provinciali, Renzo, *Op. Cit.*, tomo II, p. 1833.

⁷⁸ *“È chiaro, infatti, che i migliori giudici della convenienza del concordato sono gli stessi creditori, e in linea di massima si deve presumere che costoro siano perfettamente in grado di tutelarsi da sé medesimi; onde l'intervento del Tribunale non può trovare giustificazione che in casi particolari. Occorre però tener presente che il giudizio sulla convenienza da parte del Tribunale assolve anche, secondo noi, ad una funzione di tutela della minoranza contro gli eventuali errori od arbitri della maggioranza. La legge, infatti, subordina la volontà della minoranza a quella della maggioranza, nel presupposto che quest'ultima possa più esattamente ed efficacemente interpretare gli interessi dell'intera categoria dei creditori: il che potrebbe anche non avvenire, donde la necessità d'un adeguato mezzo correttivo degli inconvenienti suscettibili di derivarne”* Azzolina, Umberto, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, UTET, Italia, 1961, tomo III, p. 1548.

⁷⁹ Moreno, José María, *Op. Cit.*, p. 133.

⁸⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Ley de quiebras y suspensión de pagos*, Porrúa, México, 1943, p. 305.

De lo anterior se puede advertir que, anteriormente, una de las causas por las cuales el Juez podría no aprobar el convenio concursal eran las siguientes:

- I.- El deudor propone pagar menos de lo que realmente puede pagar.
- II.- No se propusieron garantías suficientes para el convenio concursal.

Conviene atender a los comentarios que de dicho artículo señala, en otro apartado de su obra, Joaquín Rodríguez Rodríguez:

El juez, según el art. 337 no se limita a dar su visto bueno al convenio en los términos en que fue admitido por los acreedores, sino que oye a éstos, e incluso de oficio analiza el cumplimiento de las normas legales y resuelve acerca de si la suma ofrecida no es inferior a las posibilidades reales del quebrado. Esta consideración supone un análisis de fondo de las características del convenio. Lo mismo cabe decir de la facultad que la ley le atribuye de considerar un análisis a fondo de las características del convenio, lo que le obligará no sólo a resolver sobre la cantidad de estas garantías, sino también sobre la confianza que las mismas puedan merecer.

En suma, el juez debe analizar las formalidades relativas a la convocatoria y celebración de la junta de admisión, mayorías que intervinieron, valor de los votos, personalidad de los votantes, facultades de representación de los que intervinieron por acreedores no presentes ... Además, debe analizar el fondo del convenio, para ver la proporción de pago y las porcentuales ofrecidas, así como la relación existente entre estas y las posibilidades reales de pago, para entrar por último en el análisis de las garantías ofrecidas, en relación con el cumplimiento del convenio.⁸¹

Como se puede advertir, la intervención de la ley y del juez concursal no puede “reducirse a una pura y simple verificación de la existencia aparente y formal de la mayoría (de acreedores)”⁸² sino que también interviene en protección a las minorías, a los disidentes y ausentes.

Así, no puede hablarse de una autonomía de la voluntad, puesto que existen “límites a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de convenir, con la finalidad de garantizar que el convenio procure a los acreedores una satisfacción mayor de la que pueda proporcionarles la liquidación”⁸³.

Bonelli señala:

El pronunciamiento del tribunal sobre el concordato judicial tiene una importancia decisiva ... porque constituye una garantía para la minoría de los acreedores concurrentes, no adherentes al concordato ... el tribunal tiene en esta sede una doble tarea. En primer lugar una tarea de vigilancia y de control sobre la observancia de las normas ... su función permanece siempre de supervisión;

⁸¹ *Ibid.*, p. 345.

⁸² “*ridursi ad una pura e semplice verificazione della esistenza apparente e formale delle maggioranze*” Rocco, Alfredo, *Il concordato* ... *Cit.*, p. VII.

⁸³ Sanchez Paredes, María Luisa, *Enciclopedia de derecho concursal*, Aranzadi, España, 2012, tomo I, p. 940.

aquél no puede modificar en modo alguno los términos del concordato, mucho menos añadir nuevos pactos a aquellos consentidos por las partes.⁸⁴

Podemos concluir que la discreción del juez para aprobar el convenio concursal no es arbitraria, pues reprobará un convenio concursal a pesar de que fue suscrito por la mayoría, no por decisión propia del juez, sino por virtud de no haberse respetado el principio de mayor beneficio. Por otro lado, el juez concursal estará obligado a aprobar un convenio concursal si el mismo, además de haber sido suscrito por la mayoría, sí respeta el principio de mayor beneficio.

2.1.14. Aprobación parcial del convenio concursal.

Esta cuestión se presenta si el juez concursal considera que una de las cláusulas del convenio concursal no es susceptible de aprobarse y el resto de las mismas sí.

Para resolver esta cuestión es importante atender a la naturaleza jurídica del convenio concursal, ya que si se considera que el convenio concursal contiene cláusulas indivisibles, reprobada que sea una de sus cláusulas lo tendrán que ser la totalidad y por tanto no podría haber una aprobación parcial.

Son cláusulas indivisibles las que se contienen en un contrato de transacción, pues así lo establece el artículo 2962 del Código Civil Federal. Por tanto, al declararse nula una de las cláusulas pactadas en el contrato de transacción, debe declararse nula la totalidad de la transacción.⁸⁵

Sin embargo, el convenio concursal no tiene la misma naturaleza jurídica que un contrato de transacción. A este respecto señalan Lyon-Caen & Renault lo siguiente:

⁸⁴ “La pronuncia del tribunale sul concordato giudiziale ha una importanza decisiva ... perché costituisce una garanzia per la minoranza dei creditori concorrenti, non aderenti al concordato... Il tribunale ha in questa sede un duplice compito. Anzitutto un compito di vigilanza e di controllo sulla osservanza delle norme ... la sua funzione resta sempre di controllo; egli non può modificare in alcun modo i termini del concordato, tanto meno aggiungere nuovi patti a quelli consentiti dalle parti” Bonelli, Gustavo, *Op. Cit.*, vol. 3, p. 97.

⁸⁵ “TRANSACCIONES, INDIVISIBILIDAD DE LAS. El artículo 2238 del Código Civil dice: el acto jurídico viciado de nulidad en parte, no es totalmente nulo si las partes que lo forman pueden legalmente subsistir separadas, a menos que se demuestre que al celebrarse el acto se quiso que sólo íntegramente subsistiera. Ahora bien, tratándose de una transacción, las partes en ella no pueden subsistir aisladas, ya que el mencionado artículo tiene limitaciones, y la ley establece una en el artículo 2962 del mismo código, según el cual las transacciones deben interpretarse estrictamente y sus cláusulas son indivisibles, y por tanto, el artículo 2238, que establece el principio de que lo útil no se perjudica por lo inútil, tiene una taxativa cuando conforme a la ley no pueden separarse sus cláusulas, ya que cuando una parte se nulifica, tiene que arrastrar al resto del contrato, en virtud del principio de indivisibilidad y unidad de la transacción. Por tanto, un convenio que constituya una transacción no puede declararse parcialmente nulo”. TERCERA SALA Amparo civil directo 476/54. Illiades viuda de Ize Elena. 25 de octubre de 1954. Mayoría de tres votos. Disidentes: Hilario Medina y Mariano Ramírez Vázquez. Engrose: José Castro Estrada. Época: Quinta Época. Registro: 340487. Instancia: TERCERA SALA. TipoTesis: Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Localización: Tomo CXXII. Materia(s): Civil. Tesis: . Pag. 582

El concordato no es una transacción de acuerdo a la definición que el art. 2044, C. Civ, dado que este contrato; no es “un contrato por el cual las partes terminan una controversia nacida o previenen una controversia por nacer”. Los acreedores del concursado que participan en el voto del concordato, tienen sus créditos, en principio, ciertos y no se encuentran en el concordato los sacrificios recíprocos que el art. 2044, C. Civ., no menciona, pero que son un elemento de la transacción.⁸⁶

También Bonelli se pronuncia en contra de asimilar el concordato a una transacción en los siguientes términos:

En el contenido del concordato no puede reconocerse la figura de la transacción. En primer lugar el proceso de quiebra no puede asimilarse a una litis en el sentido del art. 1764 cod. Civ.; y la renuncia a esta litis (presente o futura) no constituiría en modo alguno, como hemos ahora dicho, el objeto del contrato. Sino entonces, y sobre todo, falta absolutamente aquí el extremo esencial de las recíprocas concesiones, del hinc inde remissum, no haciendo el quebrado de su parte ninguna renuncia en correspondencia de aquella que hacen los acreedores.⁸⁷

Ramella dice el concordato no es una transacción pues “no está dirigido el concordato a quitar controversia sobre el derecho de los acreedores y a imponer al respecto un sacrificio recíproco entre quebrado y masa”.⁸⁸

Garrigues al preguntarse si el convenio concursal implica transacción contesta de manera negativa, pues “ni la quiebra representa un pleito... ni hay aquí recíprocas concesiones, ya que el quebrado no hace ninguna”.⁸⁹

López Cuberlo argumenta en contrario a equiparar el concordato a la transacción como sigue:

... La transacción... supone, ante todo y necesariamente, la existencia de un derecho discutido o susceptible de serlo. Es lo que se ha venido denominando con mayor precisión por la doctrina la incertidumbre de una relación jurídica. Sin embargo, en las relaciones jurídicas que subyacen al convenio preventivo no se aprecia incertidumbre objetiva ni subjetiva ... No cabe afirmar que las *res dubia* se identifica con la incertidumbre acerca de si podrán o no realizarse los créditos satisfechos Ello no sería una incertidumbre, sino un problema de suficiencia o insuficiencia patrimonial frente a unas deudas, cuya existencia y cuantía son sobradamente conocidas por quienes se encuentran involucrados en el procedimiento judicial.

... ..

⁸⁶ “Le concordat n’est pas une transaction répondant à la définition que l’art. 2044, C.Civ., donne de ce contrat ; ce n’est pas « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître ». Les créanciers de la faillite qui participent au vote du concordat, ont des créances, en principe, certaines et on ne trouve pas dans le concordat les sacrifices réciproques que l’art. 2044, C. Civ., ne mentionne pas, mais qui sont un élément de la transaction” Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VII, p. 537.

⁸⁷ “Nel contenuto del concordato non può ravvisarsi la figura della transazione. Anzitutto il processo di fallimento non può assimilarsi ad una lite ai sensi dell’art. 1764 cod. civ.; e la rinuncia a questa lite (presente o futura) non costituirebbe in ogni modo, come abbiamo ora detto, l’obbietto del contratto. Ma poi, e soprattutto, manca qui affatto l’estremo essenziale delle reciproche concessioni, dell’hinc inde remissum, non facendo il fallito da parte sua alcuna rinuncia in corrispettivo di quelle che fanno i creditori” Bonelli, Gustavo, *Op. Cit.*, vol. 3, p. 28.

⁸⁸ “non è diretto il concordato a togliere contestazioni sul diritto dei creditori e ad imporre al riguardo un sacrificio reciproco fra fallito e massa” Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 234.

⁸⁹ Garrigues, Joaquín, *Op. Cit.*, p. 462.

En la doctrina y en la jurisprudencia también se exige como requisito esencial que haya recíprocas concesiones por parte de los interesados ... Es obvio que el deudor suspenso queda al margen de este mecanismo de las recíprocas concesiones, que sólo son aportadas por los acreedores.⁹⁰

En contrario a las anteriores opiniones, Rocco sí acepta la analogía entre el concordato y la transacción, pues para éste el concordato “*puede ser clasificado en la categoría jurídica de las transacciones*”⁹¹ ya que “*hace cesar o evitar las controversias entre los varios acreedores por la determinación de sus derechos respectivos sobre la prenda común*”.⁹²

Nos inclinamos a compartir la teoría de que el concordato no es una transacción y sus cláusulas no son indivisibles. Así, reprobada que sea una cláusula del convenio concursal puede todavía aprobarse el resto del clausulado de dicho convenio. Por tanto, sí consideramos que es posible una aprobación parcial del convenio concursal.

Ahora, la aprobación parcial implica una modificación a los términos del convenio no convenidos por los deudores? Alberto Díaz Moreno señala lo siguiente:

... no puede aprobarse parcialmente un convenio, ya que ello supondría su modificación. Si el juez dictara sentencia rechazando el convenio sólo en parte – es decir, excluyente del mismo ciertas estipulaciones y aprobando el resto- habría aprobado un convenio distinto al aceptado por los acreedores.⁹³

Renzo Provinciali:

No es permitido al tribunal modificar la solicitud, porque ello constituiría una intrusión muy grave del interés público en la esfera de la autonomía de los sujetos privados.⁹⁴

Sin embargo, ponderando entre aprobar parcialmente el convenio concursal o reprobalo en su totalidad por el contenido de una de sus cláusulas, debe preferirse sobre lo primero, sin que obste si se está en presencia o no de una modificación.

2.1.15. Terminación del procedimiento concursal.

El artículo 166 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que con la sentencia de aprobación del convenio se dará por terminado el concurso mercantil. Esta disposición guarda congruencia con la fracción I del artículo 262

⁹⁰ Lopez Cuberlo, Jorge, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, BOSCH, España, 2000, pp. 162-165.

⁹¹ “*il concordato può, nella serie dei contratti, essere classificato nella categoria giuridica delle transazioni*” Rocco, Alfredo, *Il concordato Cit.*, p. 237.

⁹² “*far cessare o evitare le controversie fra i vari creditori per la determinazione dei loro diritti rispettivi sul pegno comune.*” *Ibid.*, p. 213.

⁹³ Díaz Moreno, Alberto, *Enciclopedia de derecho concursal, Op. Cit.*, tomo I, p. 317.

⁹⁴ “*Non è consentito al tribunale di modificare la domanda, perché ciò costituirebbe una intrusione troppo grave dell'interesse pubblico nella sfera d'autonomia dei soggetti privati*” Provinciali, Renzo, *Op. Cit.*, tomo II, p. 1509.

de la Ley de Concursos Mercantiles que señala que el juez declarará concluido el concurso mercantil cuando se apruebe un convenio en términos del Título Quinto de la referida Ley.

2.1.16. Consecuencias de la no aprobación del convenio concursal.

Si se reprueba el convenio concursal ¿se debe de dictar necesariamente la sentencia de quiebra? Anteriormente, en la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos se señalaba, en el último párrafo de su artículo 420, que si el juez no aprueba el convenio en la suspensión de pagos, declarará la quiebra de oficio. Sin embargo, en nuestra actual Ley de Concursos Mercantiles no encontramos precepto alguno que norme las consecuencias de la no aprobación del convenio concursal.

El fundamento legal de la declaración de quiebra lo encontramos en el artículo 167 de la Ley de Concursos Mercantiles que señala que el comerciante en concurso mercantil será declarado en estado de quiebra cuando:

I.- El propio comerciante así lo solicite;

II.- Transcurra el término para la conciliación y sus prórrogas si se hubieren concedido, sin que se someta al juez, para su aprobación, un convenio en términos de lo previsto en esta Ley, o;

III.- El conciliador solicite la declaración de quiebra y el juez la conceda en los términos previstos en el artículo 150 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Como se ve, en ninguna parte del artículo 167 de la Ley de Concursos Mercantiles se dispone que el comerciante será declarado en quiebra cuando el convenio concursal propuesto sea reprobado. Y tampoco podemos inferir de la fracción II del referido artículo el fundamento para declarar en quiebra al comerciante cuyo convenio propuesto fue reprobado.

En efecto, la fracción II del artículo 167 de la Ley de Concursos Mercantiles se actualiza si concurren los siguientes dos supuestos: un transcurso de tiempo y una omisión. Esto es, la hipótesis contenida en la referida fracción II se actualiza si transcurre el término previsto en el artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles y si en dicho término no es sometido al juez concursal, para su aprobación, un convenio en los términos previstos en el Título Quinto de la Ley de Concursos Mercantiles.

No obstante lo anterior, la reprobación del convenio concursal sí es causal de declaración de la quiebra atendiendo a la naturaleza transitoria y sucesiva de la etapa de conciliación.

En efecto, el artículo 2° de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el concurso mercantil consta de dos etapas sucesivas, denominadas conciliación y quiebra. De ahí podemos inferir que la quiebra siempre sucederá a la conciliación, a menos que el concurso mercantil inicie en etapa de quiebra.

Ahora bien, los concursos mercantiles tienen la vocación de ser concluidos, de no estar abiertos o pendientes de manera indefinida o eterna. Por tanto, si el concurso mercantil no culmina en la etapa de conciliación, necesariamente habrá de pasar a la etapa de quiebra para ser culminado. Entonces, si en la etapa de conciliación el concurso mercantil se dará por terminado si el convenio es aprobado, de no lograrse la aprobación del convenio, el concurso mercantil buscará su terminación pero ahora en la etapa de quiebra. Por ello, la no aprobación del convenio sí es una causal de transición a la etapa de quiebra.

2.2. Duración de la etapa de conciliación.

La intención del legislador en esta nueva regulación de los concursos mercantiles en México, es que el procedimiento preventivo de la quiebra no sea un procedimiento eterno ni interminable, sino que esté sujeto a un plazo perentorio y acotado.

Así lo señala la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles en los siguientes términos:

La Ley vigente contempla dos figuras concursales: la suspensión de pagos y la quiebra. La suspensión de pagos fue concebida como un beneficio para el comerciante fallido al construir un medio para prevenir su posible quiebra. En la práctica, el comerciante cuya declaración de quiebra ha sido demandada por alguno de sus acreedores, independientemente de que obre de buena o mala fe o de que se encuentre en los supuestos para la declaración de quiebra, se acoge al beneficio de la suspensión de pagos, debiendo los jueces concederla en un breve plazo. Además, aunque el ordenamiento en vigor también señala claramente los requisitos que debe satisfacer la declaración de quiebra de un comerciante, ello no lo impide que pueda gozar de beneficio. Esto explica porqué el número de juicios de suspensión de pagos y de quiebra es relativamente reducido y también porqué la mayoría de dichos juicios terminarían en su paralización.

Así, la suspensión de pagos en ocasiones ha sido utilizada por comerciantes poco escrupulosos, como un medio de aplazar indefinidamente la declaración de quiebra, y continuar manejando su negociación, aun en casos de flagrante insolvencia. Más aún en la suspensión de pagos un comerciante adquiere un excesivo poder de negociación frente a sus acreedores, pues se suspende el pago de sus créditos y demás obligaciones. De ahí que algunos comerciantes, incluso aquellos con capacidad de pago y acreditada solvencia tengan un fuerte incentivo para solicitar su suspensión de pagos justamente como un mecanismo para evitar el cumplimiento de sus obligaciones laborales, fiscales, con proveedores y de cualquier otra índole.

En la práctica todo ello ha incidido en una falta de seguridad jurídica tanto para los oferentes de recursos prestables como para sus demandantes y, por tanto en un encarecimiento del crédito, ya sea a través de mayores primas por riesgo o en términos y condiciones más onerosos en la forma de moratorios, plazos, avales, garantías y penas convencionales. Así se ve limitado el acceso al crédito para los empresarios honestos, previsores y prósperos quienes requieren de recursos para emprender proyectos de inversión, incursionar en nuevos mercados o reorientar sus esfuerzos a otras actividades productivas. De esta manera, se merma la capacidad de nuestra sociedad para generar el ahorro suficiente para promover la inversión productiva y en consecuencia se limitan las posibilidades de crecimiento económico, presente y futuro de la sociedad.

Con base en las consideraciones anteriores, se consideró indispensable que el concurso mercantil fuera un procedimiento unitario en el que subsistiese un procedimiento que tendiera a prevenir la quiebra del comerciante, pues el lograr evitarla, en los casos en que el comerciante de buena fe se ve obligado a incumplir en sus obligaciones, no sólo redundaría en beneficio del propio comerciante, sino también en el de sus acreedores, al suprimir o reducir los gastos y complicaciones que ocasiona la quiebra formal. Lo que a todo trance debe evitarse es que, so pretexto de buscar un convenio con los acreedores, se obtenga un arma para paralizar los juicios en contra del comerciante, y permitir que éste, cuando no actúa de buena fe, maneje su negociación como si no hubiere incurrido en incumplimiento general, con riesgo de crear una situación cada vez más grave para todos.

Por ello, la Comisión redactora de la Iniciativa optó por proponer que el concurso mercantil tuviera dos etapas: la conciliación y la quiebra. La finalidad de la conciliación será maximizar el valor social de la empresa fallida mediante un convenio entre el Comerciante y sus acreedores. Por su parte, la finalidad de la quiebra será que, cuando no sea posible alcanzar un arreglo durante la etapa de conciliación, se preserve el valor de la empresa mediante su liquidación ordenada para que del producto de ésta se proceda al reparto correspondiente entre el Comerciante y sus acreedores.

Se decidió que la etapa de conciliación operase ipso facto e ipso jure solamente por la voluntad del empresario mercantil, pero limitada a un plazo fatal de seis meses, y con la posibilidad de una sola aplicación con un máximo de otros tres meses, que podrá concederla el juez cuando en ello consientan el Comerciante y una mayoría de sus acreedores, esta primera etapa del concurso mercantil permitirá dilucidar en un plazo razonable pero perentorio, si la empresa podrá seguir operando en manos de sus dueños mediante un acuerdo con sus acreedores. De no lograrse esto al vencer el plazo indicado y, en su caso, la prórroga que se hubiere concedido, se procede entonces a la declaración de quiebra del comerciante. El carácter perentorio que se da a la etapa de conciliación, tiene como propósito generar un poderoso incentivo para que las partes en conflicto con la asistencia de un conciliador imparcial que actuará como amigable componedor entre ellas, procuren por todos los medios a su alcance subsanar sus diferencias so pena de enfrentar mayores quebrantos de no poder preservarse la marcha de la empresa en las manos de sus dueños originales. Resulta pues indispensable que el procedimiento para prevenir la quiebra termine en un plazo breve y que se estructure de modo que por su simplicidad pueda marchar con rapidez y economía.

Igualmente, la interpretación que del artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles ha realizado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el Amparo en Revisión número 2168/2009 es en el siguiente sentido:

Como se puede observar, el interés público atribuido a la ley no se deriva sólo de los intereses del comerciante sujeto a concurso, sino precisamente porque el incumplimiento generalizado de sus obligaciones tiene consecuencias en todas las personas que tienen alguna relación jurídica con dicho comerciante.

Los acreedores del comerciante sujeto a concurso mercantil no son solamente las instituciones financieras con quienes pueda tener alguna relación jurídica, sino también todas aquellas personas a quienes deba alguna cantidad de dinero, ya sea por virtud de alguna relación contractual, o de cualquier otro tipo, incluyendo las obligaciones derivadas de la responsabilidad objetiva. De manera enunciativa, y no limitativa, el comerciante tiene una relación contractual con sus trabajadores, con sus clientes, y con sus proveedores. A todas dichas personas les afecta la moratoria de pagos que por ley se impone al comerciante una vez declarado en concurso mercantil.

... ..

Sin embargo, tal como lo señaló el tribunal unitario, el período conciliatorio no puede ser indefinido, porque su prolongación es en perjuicio de los acreedores del comerciante. Por lo anterior, la Ley de Concursos Mercantiles acotó la etapa conciliatoria a un plazo de 185 días naturales, que puede ser prorrogado por 90 días naturales en no más de dos ocasiones.

... ..

El legislador consideró que un plazo de 185 días debía ser suficiente para que las partes buscaran alternativas y llegaran a un acuerdo, y sólo en aquellos casos en los que, a juicio del conciliador, o de los acreedores, hubiesen posibilidades reales de llegar a un acuerdo con el comerciante, podría solicitarse una prórroga, y hasta una segunda prórroga. Sin embargo, precisamente para evitar que la etapa conciliatoria se prolongara indefinidamente por el comerciante, en perjuicio de sus acreedores, debía establecerse un plazo perentorio, de manera que bajo ninguna circunstancia la etapa conciliatoria excediera de 365 días.

Lo anterior deja ver, que tal como lo señaló el tribunal unitario del conocimiento, el legislador buscó el equilibrio entre los intereses de la empresa concursada y sus acreedores. Buscó un equilibrio entre la finalidad consistente en la conservación de la empresa y la finalidad consistente en proteger los derechos de los acreedores, evitando la prolongación de la etapa conciliatoria y de las ventajas que ésta otorga al comerciante, en perjuicio de sus acreedores.

Lo anterior, tomando en cuenta que no en todos los casos será posible conservar a las empresas, que sólo podrán buscarse alternativas para aquéllas que sean económicamente viables. Que las que no cumplan con dicho requisito, deberán declararse en quiebra, pues no tiene caso prolongar indefinidamente, y agravar, el incumplimiento generalizado de las obligaciones de una empresa, en perjuicio de sus acreedores. Por lo cual, la finalidad de “conservar a las empresas” no es un principio absoluto, que deba prevalecer, y buscarse a toda costa, en detrimento de los otros objetivos, y de las otras partes involucradas en el concurso mercantil⁹⁵.

Es claro entonces, que en el artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles el legislador buscó eliminar el mal que se causaba con los procedimientos de suspensión de pagos eternos e interminables y por ello estableció un plazo perentorio y fatal, no para que dentro de dicho plazo quedare concluida la etapa de conciliación en un concurso mercantil (tal y como se verá en el siguiente punto), sino para que dentro de dicho plazo fatal se presente el convenio concursal para su aprobación so pena de transitar a la etapa de quiebra. Es decir, quiso el legislador que la duración del plazo para la presentación del convenio no quedara a la sola voluntad ni del deudor ni de los acreedores.

2.2.1 La duración de la etapa de conciliación no está definida por la Ley de Concursos Mercantiles.

El artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles habla de la duración de la etapa de conciliación, sin embargo ello es incorrecto ya que la etapa de conciliación no tiene una duración definida por la ley, sino que el plazo que está definido es aquel para presentar un convenio concursal para su aprobación y así evitar el dictado de la quiebra y el plazo para la proposición del convenio, es sólo una parte del todo que integra la etapa de conciliación.

2.2.2. Duración del plazo para proponer un convenio.

Habiendo precisado que la proposición del convenio es sólo una parte de la etapa de conciliación, se puede advertir que lo que sí está definido en su

⁹⁵ Amparo en Revisión número 2168/2009 resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad de cinco votos de los Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Juan N. Silva Meza, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Presidente José de Jesús Gudiño Pelayo, en sesión de fecha 20 de Enero de 2010.

duración es el plazo para proponer un convenio. Esto es, vencido el plazo, un convenio concursal preventivo de la quiebra ya no podrá presentarse para su aprobación, puesto que vencido el plazo para proponer el convenio se transita, de plano, a la etapa de quiebra de acuerdo a lo dispuesto por la fracción II del artículo 167 de la Ley de Concursos Mercantiles.

2.2.2.1. Plazo legal.

El legislador consideró que ciento ochenta y cinco días naturales es un plazo suficiente para que el comerciante, con ayuda del conciliador, pueda alcanzar un convenio con sus acreedores.

Cualquier estudio estadístico que se realice reafirmará que, en nuestra experiencia, dicho plazo es insuficiente, ya que en ciento ochenta y cinco días naturales ni siquiera es posible obtener en definitiva el reconocimiento de créditos, mucho menos la presentación del convenio concursal y ni qué decir de la aprobación del mismo.⁹⁶

2.2.2.2. Prórroga.

No obstante lo anterior, el segundo párrafo del artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles dispone que si el conciliador o los acreedores reconocidos que representen por lo menos las dos terceras partes del monto total de los créditos reconocidos, consideran que la celebración de un convenio está próxima a ocurrir, podrán solicitar al juez una prórroga de hasta noventa días naturales contados a partir de la fecha en que concluya el plazo de ciento ochenta y cinco días naturales señalado en el primer párrafo de dicho artículo.

2.2.2.3. Ampliación de la prórroga.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 145 de la Ley de Concursos Mercantiles, señala que el Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen el noventa por ciento del monto total de los créditos reconocidos, podrán solicitar al juez una ampliación de hasta por noventa días naturales más de la prórroga a la que se refiere el segundo párrafo del referido artículo.

2.2.2.4. Acreedores que computan para el porcentaje mínimo requerido para conceder la prórroga y su ampliación.

Consideramos que los acreedores que computan para el porcentaje mínimo requerido para conceder la prórroga y su ampliación son únicamente los acreedores comunes, pues *“los destinatarios y artífices del convenio son principalmente los acreedores ordinarios”*⁹⁷ y son ellos los que dotan de eficacia al convenio concursal, convenio que deberá ser presentado en la prórroga y ampliación de la misma.

⁹⁶ Como se pretende a raíz de la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014.

⁹⁷ Díaz Moreno, Alberto, *Op. Cit.*, tomo I, p. 1251.

3.1. Sobre la importancia del reconocimiento y graduación de acreedores para los efectos del convenio concursal.

El proceso de reconocimiento y graduación de acreedores es primordial para poder obtener un convenio concursal, ya que el convenio concursal lo suscriben los acreedores reconocidos y los acreedores reconocidos son los que así aparecen en la sentencia de reconocimiento, graduación y prelación de acreedores.

Igualmente, es importante conocer el grado de los acreedores, puesto que en virtud de tal o cual grado los acreedores podrán estar vinculados o no al convenio concursal, como sucede por ejemplo con los acreedores que se les otorga el grado de acreedores con garantía real.

3.2. Sobre si importa o no la prelación de acreedores para los efectos del convenio concursal.

La prelación es el momento o turno en el que cobrará un acreedor con preferencia de otro. Las normas sobre prelación en el pago de los acreedores tienen su lugar, por excelencia, en el momento en el que el patrimonio del deudor se liquidará y con dicho patrimonio se hará el pago a los acreedores, es decir, tiene su lugar en el concurso mercantil en etapa de quiebra.

Podría pensarse que las normas de prelación poco importan en la etapa de conciliación, ya que los términos y condiciones en el pago a los acreedores que se contengan en el convenio concursal no se verían afectados por las normas de prelación y, en cambio, lo que sí importaría en la etapa de conciliación son los acreedores cuyo pago debe quedar estipulado expresamente en el convenio concursal, pero no por su prelación, sino por el grado de su crédito.

Sin embargo, como se explica al analizar los *principios de mayor beneficio* así como al analizar la fórmula para obtener el monto máximo de la quita que puede imponerse a los acreedores no signantes del convenio concursal, las normas de prelación sí inciden en los términos del convenio concursal.

En efecto, entre más existan acreedores, en número y en monto, con prelación a los acreedores comunes, menos será el monto que éstos acreedores recibirían de declararse la quiebra del deudor y liquidarse su patrimonio, por tanto mayor sería la quita máxima posible que se les pudiera imponer por parte de los acreedores signantes del convenio concursal.

3.3. Acreedores con derecho a voto.

Por el término acreedores con derecho a voto debe comprenderse también el término de acreedores con derecho a suscribir el convenio concursal. Así, veremos a continuación qué acreedores tienen derecho a suscribir el convenio concursal y qué acreedores no.

Asimismo, es importante recordar que el reconocimiento de un acreedor para votar es directamente proporcional a la inclusión de dicho crédito en el pasivo computable para la obtención de la mayoría en el convenio concursal. Es decir, si el acreedor no puede votar, entonces su crédito no puede incluirse dentro del pasivo sobre el cual se debe de obtener una mayoría.

3.3.1. Acreedores comunes.

La Ley de Concursos Mercantiles define el término acreedor común de manera negativa, al señalar en su artículo 222 que son aquellos que no estén comprendidos dentro de los conceptos que la propia ley define para los acreedores singularmente privilegiados, acreedores con garantía real, acreedores con privilegio especial, acreedores laborales, acreedores subordinados y acreedores contra la masa.

Estos acreedores tienen derecho a suscribir el convenio y a dotar eficacia al mismo en proporción al capital que representen sus créditos. La razón por la cual los acreedores comunes tienen derecho a suscribir el convenio concursal es la siguiente.

Se les denomina acreedores comunes ya que dichos acreedores se cobrarán sus créditos sobre el patrimonio general del deudor y no sobre un bien en específico, es decir, comparten dichos acreedores algo en común y dicho algo es el patrimonio del deudor. Los acreedores comunes son los últimos en la prelación, es decir, serán los últimos en cobrar sus créditos con el producto que se obtenga con la liquidación del patrimonio del deudor, ya que primero se cobrarán los acreedores contra la masa, los acreedores laborales, los fiscales, etcétera. Por tanto, si la solución que a los acreedores comunes aporta la quiebra, es decir la liquidación del patrimonio del deudor, no resulta del todo favorable atendiendo a las prelación de pago de otro tipo de acreedores, entonces serán los acreedores comunes los más interesados en obtener la solución alternativa que propone el convenio concursal.

3.3.2. Acreedores con garantía real.

Para los efectos de la Ley de Concursos Mercantiles son acreedores con garantía real aquellos cuyos créditos se encuentren garantizados con hipoteca o con garantía prendaria. El artículo 219 de la Ley de Concursos Mercantiles no distingue sobre si la garantía prendaria debe ser con transmisión de la posesión, por tanto, aquellos acreedores cuyos créditos estén garantizados con prenda sin transmisión de la posesión, también serán considerados como acreedores con garantía real.

Pues bien, siguiendo el ejercicio realizado para los acreedores comunes, conviene ahora preguntarnos por qué los acreedores con garantía real tendrían derecho a suscribir el convenio concursal. La solución la encontramos con el siguiente razonamiento.

Los acreedores con garantía real son acreedores comunes pero con una distinción especial. En efecto, un acreedor con garantía real es un acreedor común, ya que al igual que el resto de los acreedores, se cobrará sobre el patrimonio general del deudor común. Sin embargo, a diferencia del resto de los acreedores comunes, el acreedor con garantía real se cobrará sobre un bien en específico perteneciente al patrimonio general y lo hará en forma exclusiva y excluyente del resto de los acreedores comunes. Así, podría pensarse que la solución que a los acreedores con garantía real aporta la quiebra, no sería una solución del todo desfavorable, ya que dicho acreedor con garantía real se cobraría su crédito de manera exclusiva sobre el bien del deudor sujeto a la garantía real. Por tanto, no tendría dicho acreedor con garantía real derecho a suscribir el convenio concursal, si la solución que propone la quiebra no sería tan desfavorable para tener que acudir a la solución alternativa que aporta el convenio concursal.

Sin embargo, podrían ocurrir las siguientes hipótesis que hagan que el acreedor con garantía real se encuentre interesado en buscar la solución alternativa que aporta el convenio concursal y no quedarse con la solución que aporta la quiebra.

Primera hipótesis, insuficiencia del valor de la garantía. El acreedor con garantía real no siempre podrá en todos los casos ver resarcido la totalidad de su crédito con el producto que se obtenga con la venta del bien sujeto a la garantía real, ya sea porque desde el momento de la constitución de la garantía se sabía que el bien gravado únicamente serviría para hacer frente sólo a un porcentaje del crédito o ya sea porque con el transcurso del tiempo el bien gravado haya disminuido su valor o las condiciones del mercado existentes en el momento de la venta no le asignen un valor suficiente.

En estos casos, atendiendo a que la solución que aportaría la liquidación del patrimonio del deudor, incluyendo desde luego el bien sujeto a la garantía real, no resultaría benéfica para el acreedor con garantía real, al no ver sufragado la totalidad de su crédito, entonces dicho acreedor estaría interesado en la solución alternativa que aporta el convenio concursal.

Segunda hipótesis, existencia de acreedores con mejor prelación. El acreedor con garantía real se cobrará sobre el producto que se obtenga con la venta del bien sujeto a la garantía real con exclusión del resto de los acreedores comunes. Sin embargo, existen acreedores sobre los cuales aún el acreedor con garantía real no podrá oponer dicha exclusividad. En efecto, el artículo 224 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que los acreedores contra la masa serán pagados con prelación a los acreedores con garantía real.

Así, en la medida en que existan los acreedores a que se refiere el artículo 224 de la Ley de Concursos Mercantiles, disminuirán las posibilidades de que el acreedor con garantía real vea satisfecho su crédito con el producto que se obtenga con el bien sujeto a la garantía real y por tanto, el saldo restante, habría de cubrirse con el patrimonio general del deudor, compartiendo la prorrates con los acreedores comunes.

En esta segunda hipótesis, como la primera, atendiendo a que la solución que aportaría la liquidación del patrimonio del deudor dentro de la cual se incluye el bien sujeto a la garantía real, no resultaría benéfica para el acreedor con garantía real, al no ver sufragado la totalidad de su crédito por la existencia de acreedores con prelación, entonces dicho acreedor estaría interesado en la solución alternativa que aporta el convenio concursal.

Tercera hipótesis, bienes de difícil realización. La venta del patrimonio del deudor no siempre será una tarea fácil y rápida. Existirán ocasiones en que se requiera mucho tiempo para encontrar a un interesado en la compra de los bienes integrantes del patrimonio del deudor, ya sea en su conjunto o en lo individual. Y existirán ocasiones también, en que el bien específico sujeto a garantía real sea de difícil colocación en el mercado, es decir, sea un bien que no sea tan atractivo para el público a quien está dirigido las ofertas de venta.

Ante dicha situación, el acreedor con garantía real podría estar interesado en la solución que aporta el convenio concursal, no por que vaya a recibir más que lo que recibiría con el producto de la venta del bien sujeto a garantía real, sino porque lo que vaya a recibir, lo va a recibir mucho antes que de esperarse hasta que el bien se venda.

Ahora bien, dijimos anteriormente que el reconocimiento de un acreedor para votar es directamente proporcional a la inclusión de dicho crédito en el pasivo computable para la obtención de la mayoría en el convenio concursal. Es decir, si el acreedor no puede votar, entonces su crédito no puede incluirse dentro del pasivo sobre el cual se debe de obtener una mayoría. Sin embargo, los créditos con garantía real, de acuerdo a nuestra actual Ley de Concursos Mercantiles, no se incluirán dentro del pasivo computable sobre el cual se calculará la mayoría necesaria para dotar de eficacia del convenio concursal, sino que únicamente se incluirá aquél crédito del acreedor con garantía real que decida suscribir el convenio concursal.

3.3.3. Acreedores subordinados.

Mediante la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada en el D.O.F. el 10 de Enero de 2014 se incluyó el concepto de acreedores subordinados, los cuales son señalados en el artículo 222 Bis.

Son acreedores subordinados los siguientes:

I.- Los acreedores que hubiesen convenido la subordinación de sus derechos respecto de los créditos comunes.

II.- Los acreedores, sin garantía real, cuyos titulares sean las personas que se mencionan a continuación, las cuales son agrupadas en cuatro grupos.

Primer grupo: acreedor persona moral de comerciante persona moral.

a.- Una sociedad controlada por el comerciante, es decir, una sociedad en la cual más del cincuenta por ciento de sus acciones con derecho a voto

sean propiedad, ya sea en forma directa, indirecta o de ambas formas, del comerciante.

b.- Una sociedad cuya administración, estrategia o principales políticas, sean dirigidas directa o indirectamente por el comerciante.

c.- Una sociedad en donde exista coincidencia con el comerciante, respecto de sus administradores, miembros del consejo de administración o directivos.

Segundo grupo: acreedor persona física de comerciante persona moral.

a.- El administrador del comerciante o de una persona moral directa o indirectamente, controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante

b.- Algún miembro del consejo de administración del comerciante o de una persona moral directa o indirectamente, controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante.

c.- Algún empleado relevante del comerciante o de una persona moral directa o indirectamente, controladas por el Comerciante, que ejerzan control sobre este último, o bien que sean controladas por la misma sociedad que controla al Comerciante.

f.- El cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parientes por parentesco civil de las personas mencionadas en los incisos a, b y c anteriores.

Tercer grupo: acreedor persona física de comerciante persona física.

a.- Su cónyuge, concubina o concubinario, parientes por consanguinidad hasta el cuarto grado, o hasta el segundo si el parentesco fuere por afinidad, así como parentesco civil.

Cuarto grupo: acreedor persona moral de comerciante persona física.

a.- Personas morales en donde, las personas que se refieren en el grupo anterior, o el propio comerciante, sean administradores o formen parte del consejo de administración, o bien conjunta o separadamente, directa o indirectamente, mantenga la titularidad de derechos que permitan ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital, tengan poder decisorio en sus asambleas, estén en posibilidades de nombrar a la mayoría de los miembros de su órgano de administración o por cualquier otro medio tengan facultades de tomar las decisiones fundamentales de dichas personas morales.

Alfredo Ávila de la Torre sobre los acreedores subordinados señala lo siguiente:

Entre los criterios de determinación elegidos por el legislador español para concretar la clasificación de los créditos subordinados, se ha tomado como referencia, tal y como ya apuntara la propia Exposición de motivos de la ley, a las características personales de algunos acreedores para justificar su postergación. Con ello, se trata de señalar a una serie de personas que por su proximidad con el concursado, resultan merecedoras, en aplicación de un criterio de justicia material, de un peor trato que el resto de acreedores concursales, en la idea de que probablemente tuvieron a la hora de generar su crédito un mayor control del riesgo que el resto de acreedores. Estos titulares son las denominadas personas especialmente relacionadas con el concursado ... (las cuales son) determinados sujetos que, o bien por su proximidad familiar o por su posición jurídica en el ámbito de una determinada sociedad puedan ser susceptibles de estar más enterados, ser más conocedores de la situación del concursado o, lo que es más importante, ejercer un grado de control sobre el mismo.⁹⁸

Este peor trato de los acreedores subordinados se advertirá en el análisis del pasivo computable para dotar de eficacia al convenio concursal.

3.3.4. Acreedores que estén a su vez en estado de concurso mercantil.

Este tema inicia con el siguiente cuestionamiento: ¿puede un deudor sujeto a concurso mercantil suscribir el convenio concursal de su deudor declarado en concurso mercantil?, o dicho de otro modo, los acreedores que a su vez estén declarados en concurso mercantil ¿pueden suscribir un convenio concursal de su deudor?.

Tales cuestionamientos serán resueltos una vez que se determine la naturaleza jurídica del convenio concursal así como la naturaleza jurídica de la quita que se pacta en los mismos.

En efecto, a partir de la declaración de concurso mercantil, el comerciante está impedido, so pena de incurrir en un acto realizado en fraude de acreedores, de realizar, entre otros, actos a título gratuito y remisiones de deuda según lo señalan las fracciones I y IV del artículo 114 de la Ley de Concursos Mercantiles. Así, si se considera que el convenio concursal es un acto a título gratuito, entonces el comerciante concursado no podrá suscribir el convenio concursal de su deudor, también concursado. En el mismo sentido, si se considera que la quita pactada en el convenio concursal es una remisión de deuda, entonces el comerciante concursado tampoco no podrá suscribir el convenio concursal de su deudor, también concursado.

Pues bien, como se verá en esta obra, ni el convenio concursal es un acto a título gratuito ni la quita es una remisión de deuda, por tanto, el acreedor que a su vez está concursado, podrá suscribir el convenio concursal, ya sea directamente (si su concurso está en etapa de conciliación) ya sea a través del síndico (si su concurso está en etapa de quiebra).

⁹⁸ Ávila de la Torre, Alfredo, *Enciclopedia de derecho concursal*, Op. Cit., tomo II, p. 2210.

Lo anterior, siempre y cuando los términos del convenio concursal que el acreedor concursado vaya a suscribir, realmente propongan una solución alternativa más benéfica que la que aporta la quiebra, puesto que así no se perjudicaría a los acreedores de aquél.

En efecto, si, por ejemplo, el acreedor concursado recibiría de su deudor concursado, en caso de la quiebra de éste último, un veinte por ciento del total de la deuda, desde luego que si aquél celebra un convenio concursal en donde conviene en recibir únicamente el treinta por ciento, es decir, pacta una quita del setenta por ciento, dicho convenio en nada perjudicará a sus acreedores, ya que el patrimonio de su deudor no se vio afectado, sino por el contrario, se ubicó en una situación más favorable que de no haber suscrito el convenio y atenerse a la quiebra del deudor del acreedor concursado.

Así, atendiendo a que el crédito del que es titular el deudor concursado forma parte de la masa concursal sobre la cual se cobrarán sus acreedores, éstos últimos estarán interesados en que dicho crédito se liquide para repartirse su producto, es decir, dichos acreedores están interesados en que dicho crédito sea cobrado. Sin embargo, si el deudor del deudor concursado, a su vez está en concurso mercantil, se deberá tener presente que existe la posibilidad que el crédito no sea cobrado en su totalidad con el producto que se obtenga con la liquidación del patrimonio del deudor del deudor. De ahí que, si el deudor concursado celebra un convenio concursal con su deudor concursado en el cual aquél conviene en recibir un cantidad igual o mayor a la cantidad que recibiría en caso de la quiebra de éste último, entonces la quita concedida en nada afectaría a los acreedores del primero de los mencionados, por tanto, sí podría votar y suscribir un convenio concursal.

3.4. Acreedores sin derecho a voto.

Anteriormente, en nuestra abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, de conformidad con sus artículos 30, fracciones I y II y 325, se excluían de la votación del convenio a las siguientes personas:

I. Los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del concursado.

II. Los que sean parientes en dichos grados de los miembros de los Consejos de Administración o gerentes de las sociedad por acciones o de responsabilidad limitada en concurso, o de las personas autorizadas para usar de la firma social si se trata de sociedades colectivas o en comandita.

En la exposición de motivos de dicha abrogada ley se señaló lo siguiente:

Se ha procurado que no participen en la votación para la admisión del convenio ciertos acreedores que pudieran representar intereses encontrados con los objetivos de aquéllos.

A este respecto, Joaquín Rodríguez Rodríguez comenta lo siguiente:

La Exposición de Motivos es suficientemente explícita en relación con las causas que aconsejaron la aceptación de estas normas prohibitivas. Se ha querido evitar que intervengan en la votación del convenio aquellas personas cuyo interés no fuese el objeto de la situación, sino que estuviese determinado por vinculaciones personales con el quebrado o con las personas dirigentes, en el caso de quiebra de una sociedad.⁹⁹

Ahora bien, a la par que la abrogada ley excluía del voto a dichos acreedores, también excluía sus créditos para computar la computación de las mayorías, tal y como lo señala su artículo 325 cuyo texto es el siguiente:

Artículo 325.- No podrán votar el convenio, las personas comprendidas en las fracciones I y II del artículo 30 de esta ley, y el importe de sus créditos se deducirá también para el cómputo del pasivo, según el artículo anterior.

Igualmente, en nuestra abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, en su artículo 326, excluía de la votación así como del cómputo de las mayorías, aquellos créditos cedidos por acto *inter vivos* después de la declaración de quiebra. Al comentar dicho artículo, Joaquín Rodríguez Rodríguez señala lo siguiente:

La prohibición de que vote el cesionario, que lo es después que se dictó la sentencia de declaración de quiebra, descansa en una presunción legal de insinceridad del voto.¹⁰⁰

En el mismo sentido Rocco comenta lo siguiente:

La venta del voto es en cambio prohibida y reprimida penalmente, porque turba la sinceridad de las deliberaciones de la asamblea, e impide que la voluntad colectiva sea la expresión de los intereses colectivos.¹⁰¹

Mercedes Curto Polo señala lo siguiente:

La ley desconfía, por tanto, de la adquisición entre vivos de un crédito de dudoso cobro por hallarse incluido en un proceso de ejecución colectiva, sospechando de la existencia de una cierta convivencia entre el deudor y un tercero con vistas a favorecer los intereses del primero.¹⁰²

Actualmente, en nuestra Ley de Concursos Mercantiles no existe un precepto que expresamente niegue a un acreedor el derecho votar o suscribir el convenio concursal. Existe, sin embargo, la sanción general de pérdida de los derechos a aquel acreedor que celebre un convenio particular con el deudor a partir de la sentencia de concurso mercantil, según lo establece el artículo 154 de la Ley de Concursos Mercantiles, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 154.- Serán nulos los convenios particulares entre el Comerciante y cualesquiera de sus acreedores celebrados a partir de la declaración de concurso

⁹⁹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Op. Cit.*, p. 334.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 335.

¹⁰¹ “La vendita del voto è invece vietata e repressa penalmente, perché turba la sincerità delle deliberazioni dell’assemblea, e impedisce che la volontà collettiva sia l’espressione degli interessi collettivi.” Rocco, Alfredo, *Il concordato ... Cit.*, p. 397.

¹⁰² Curto Polo, Mercedes, *Enciclopedia de derecho concursal, Op. Cit.*, tomo I, p. 194.

mercantil. El acreedor que los celebre perderá sus derechos en el concurso mercantil.

Así, no gozarán de derecho de votar o suscribir el convenio concursal aquellos acreedores que hayan celebrado un convenio particular con el Comerciante a partir de la declaración de concurso mercantil.

Ahora bien, por convenio particular debe entenderse aquél acuerdo de voluntades realizado al margen del procedimiento concursal, es decir, un convenio privado, concepto dentro del cual no entra el convenio concursal ni su propuesta, precisamente, por que dicho convenio se realiza dentro del procedimiento concursal y no al margen.¹⁰³

Finalmente, la inclusión, mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 2014, de la figura de acreedores subordinados, si bien no los priva formalmente del derecho de votar el convenio concursal, sí les convierte en ineficaz dicho voto si el monto que representan dichos acreedores subordinados supera el porcentaje señalado en el segundo párrafo del artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles y si dichos acreedores no se adhieren a los términos propuestos por los acreedores comunes.

3.5. Requisitos para dotar de eficacia al convenio concursal.

El artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles señala los requisitos para dotar eficacia el convenio concursal. No existe problema alguno de interpretación por cuanto ve al primer párrafo del referido artículo en relación con su fracción I, puesto que de su simple lectura se advierte que para ser eficaz, el convenio deberá ser suscrito por el Comerciante y sus Acreedores Reconocidos que representen más del cincuenta por ciento de la suma del monto reconocido a la totalidad de los Acreedores Reconocidos comunes. Así, si existen acreedores reconocidos comunes por un total de cien millones de pesos, el convenio será eficaz si se encuentra suscrito por los acreedores reconocidos comunes que representen un capital mayor a cincuenta millones de pesos.

Lo complicado viene ahora con la fracción II del referido artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles, ya que dispone como requisito adicional para dotar de eficacia al convenio concursal, aquel relativo a que el convenio sea suscrito por el Comerciante y sus Acreedores Reconocidos que representen más del cincuenta por ciento de la suma del monto reconocido a la totalidad de los Acreedores Reconocidos comunes y el monto reconocido a aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.

¹⁰³ “El convenio particular de un acreedor con el quebrado, que el Código de Comercio (antiguo) declara nulo, no puede equipararse al que se verifica formal y judicialmente con la mayoría de los acreedores; reunidos en junta con las solemnidades que requiere el Derecho mercantil, y que merece la aprobación del Tribunal competente”, Estasén, Pedro, *Op. Cit.*, p. 396.

Esto puede aclararse mediante el siguiente ejemplo. Supóngase que adicional a los cien millones a que asciende el monto reconocido a la totalidad de los Acreedores Reconocidos comunes se suma la cantidad de veinte millones a que asciende el monto reconocido a aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio. Así, tendríamos un pasivo de ciento veinte millones de pesos, conformado por el monto reconocido a la totalidad de los Acreedores Reconocidos comunes y el monto reconocido a aquellos Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscriban el convenio.

Bajo ese mismo ejemplo podría considerarse eficaz el convenio si es suscrito por los Acreedores Reconocidos con garantía real o privilegio especial que suscribieron el convenio y cuyo monto reconocido asciende a veinte millones de pesos y por los Acreedores Reconocidos comunes cuyo monto reconocido asciende a cuarenta millones pesos más una unidad.

Mediante este esquema la intención del legislador fue permitir que el convenio sea considerado eficaz aun y cuando no se tenga el consentimiento de los Acreedores Reconocidos comunes que representen más del cincuenta por ciento del monto total reconocido a los acreedores reconocidos comunes. Así, el acreedor reconocido con garantía real o privilegio especial, al suscribir el convenio, no hace sino abonar al porcentaje requerido para dotar de eficacia al convenio concursal.

Si el legislador no hubiere permitido lo anterior, se darían casos en los cuales, bajo la tesitura del anterior ejemplo, no podría dotarse de eficacia al convenio concursal si se encuentra suscrito por acreedores reconocidos comunes que representen cuarenta de los cien millones del monto total reconocido a los acreedores reconocidos comunes aun y cuando cuenten con el consentimiento de acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que representen veinte millones de pesos.

A este respecto la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguiente:

Toda vez que un convenio no puede afectar a los créditos garantizados en cuanto a sus garantías, sin consentimiento del acreedor correspondiente, sería natural limitar la votación del convenio a los acreedores comunes. Sin embargo, la experiencia ha demostrado que la participación de los acreedores garantizados puede resultar sumamente valiosa para la consecución de un arreglo con el comerciante.

Adicionalmente, es frecuente que un número reducido de acreedores con o sin garantías reales, asuma una participación más activa que los demás en la negociación de un convenio. En la práctica diversos acreedores se mantienen al margen de los detalles de la preparación de un convenio, por el monto de sus créditos, su desconocimiento del negocio del comerciante, los gastos y tiempos que implica su participación o cualesquiera otras razones. En estas condiciones, es conveniente permitir que el conjunto de acreedores que tenga mayores facilidades para hacerlo asuma el liderazgo del convenio permitiendo a los demás reaccionar posteriormente cuando así convenga a sus intereses.

Así, la Comisión buscó un mecanismo que permitiera llegar rápidamente a un consenso, fomentando la participación de los acreedores garantizados,

preservando sus garantías y protegiendo debidamente los derechos e intereses de los acreedores comunes.

Esto se logró con la combinación de dos elementos: la fórmula para la votación mayoritaria del convenio y disposiciones para proteger a las minorías disidentes de acreedores comunes.

En cuanto a la mayoría necesaria para la aprobación del convenio se estableció que la base sobre la cual se determine sea la suma del total de los créditos comunes y de aquellos garantizados que decidan aprobarlo. Es decir, los montos de los créditos garantizados que participen en el convenio se considerarán al mismo tiempo como votos favorables y como parte del padrón total, sumados a la totalidad de los créditos comunes. Así, para determinar si se cumple la mayoría necesaria, se sumarán los montos de los acreedores comunes y garantizados que aprueban la propuesta. Esta cantidad se dividirá entre la suma de los montos de todos los acreedores comunes y de los montos de aquellos garantizados que la aprobaron. Si este cociente resulta mayor a un medio, se cumple la mayoría requerida.

De esta manera, la participación de los acreedores garantizados puede contribuir para alcanzar la mayoría requerida.

3.5.1. Pasivo computable.

El pasivo computable del Comerciante que servirá de base para determinar si existe la mayoría requerida para dotar de eficacia al convenio concursal se puede conformar de dos maneras:

Primera.- Si el convenio únicamente está suscrito por acreedores reconocidos comunes, el pasivo computable se conformará por el monto reconocido a la totalidad de los acreedores reconocidos comunes.

Segunda.- Si el convenio se encuentra suscrito por un acreedor con garantía real, el pasivo computable se conformará por la suma del monto reconocido a la totalidad de los acreedores reconocidos comunes y el monto reconocido al acreedor con garantía real o privilegio especial que suscriba el convenio.

3.5.2. Pasivo computable en caso de existir acreedores subordinados.

Mediante la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014 se adicionó una nueva regla para obtener la eficacia del convenio concursal. Dicha regla se explica mejor con un ejemplo.

Supongamos que el comerciante tiene un pasivo de cien millones de pesos, de los cuales quince millones pertenecen a acreedores subordinados y los ochenta y cinco restantes a acreedores comunes. Los acreedores subordinados que representan los quince millones de pesos están de acuerdo en firmar el convenio concursal. Por parte de los acreedores comunes, sólo los que representan cuarenta millones están de acuerdo en firmarlo. En este caso, el convenio así suscrito será eficaz, pues fue celebrado por más del cincuenta por ciento de la suma del monto reconocido a la totalidad de los acreedores comunes y subordinados.

Ahora supongamos que el comerciante tiene un pasivo de cien millones de pesos, de los cuales veinticinco millones pertenecen a acreedores subordinados y los setenta y cinco restantes a acreedores comunes. Los acreedores subordinados que representan los veinticinco millones de pesos están de acuerdo en firmar el convenio concursal. Por parte de los acreedores comunes, sólo los que representan treinta millones están de acuerdo en firmarlo. En este caso, el convenio así suscrito no será eficaz, pues los acreedores comunes que firmaron dicho convenio únicamente representan el cuarenta por ciento del monto de los créditos a que se hace referencia en las fracciones I y II del artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles.

Así, se entiende que cuando los acreedores subordinados representan al menos el veinticinco por ciento del total del pasivo a que se hace referencia en las fracciones I y II del artículo 157 de la Ley de Concursos Mercantiles, no podrán dotar de eficacia al convenio concursal, o, lo que es lo mismo, dichos acreedores subordinados no podrán votar dicho convenio, a menos de que dichos acreedores subordinados se allanen a los términos propuestos por los acreedores no subordinados que suscribirán el convenio.

3.6. Contenido del convenio concursal.

La finalidad del convenio concursal consiste en dar una solución alternativa a la quiebra y si la quiebra consiste en la liquidación o venta de los activos del deudor para el pago a sus acreedores, el convenio concursal deberá de disponer cómo se pagará a los acreedores del deudor. Esto es, el convenio concursal consiste en una liquidación del pasivo alterna a la liquidación que sería realizada mediante la quiebra. Por tanto, el contenido primordial del convenio concursal es el pago a los acreedores.

Entonces, siendo que el contenido fundamental del convenio concursal es el pago a los acreedores, se debe de determinar cuánto se pagará y en qué momento se pagará.

El convenio concursal eficaz que está dispuesto a aprobarse fue celebrado por los acreedores que conforman la mayoría del pasivo computable. Los motivos por los cuales dichos acreedores suscribieron el convenio son primordialmente dos: obtener la mayor satisfacción de su crédito y satisfacer su crédito de una mejor manera que mediante la quiebra de su deudor.

Como señalan Lyon-Caen & Renault:

El concurso no conduce necesariamente a la venta de los bienes del concursado. Dicha venta implica gastos y plazos, en general, bastantes largos y no se hace siempre a un buen precio.¹⁰⁴

¹⁰⁴ “*La faillite ne conduit pas nécessairement à la vente des biens du failli. Cette vente entraîne de frais et de délais, en général, assez longs et ne se fait pas toujours pour un bon prix*” Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VII, p. 527.

Y es que si el patrimonio de su deudor al ser liquidado en la quiebra, valdría, por ejemplo, diez millones para pagar los cien millones de pesos a los que asciende la totalidad del pasivo, el acreedor tendría la expectativa de cobrar, en el mejor de los casos, el diez por ciento de la totalidad de su crédito, de ahí que exista interés de los acreedores en la solución alternativa que puede proporcionar el convenio concursal.

A este respecto, la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguiente:

Los acreedores del comerciante, por lo general, otros comerciantes, conociendo las circunstancias que llevaron a la empresa a la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones, pueden decidir refrendar su confianza en la empresa del comerciante reconociendo el valor que ésta les aporta y permitiendo mediante un acuerdo con él, llevar al mínimo posible las pérdidas en que pudieron haber incurrido.

De ahí que, si los acreedores, confiados en la viabilidad de la empresa de su deudor, estiman que de mantenerse en operación dicha empresa y no liquidarse o venderse, podrían recibir más de ese diez por ciento, siguiendo el ejemplo antes señalado, desde luego que estarían sumamente interesados en suscribir el convenio concursal. Así, los acreedores al suscribir el convenio concursal pueden convenir en recibir el quince, veinte o treinta por ciento del total de su crédito con tal de evitar la quiebra de su deudor y recibir, mediante la liquidación y venta de sus activos, el diez por ciento de sus créditos, en el mejor de los casos. Esta es la razón de ser de la quita que se contiene comúnmente en los convenios concursales. No es que el acreedor convenga en condonar o remitir la deuda de su deudor en un noventa, ochenta o setenta por ciento, sino que el acreedor conviene con el deudor concursado en liquidar su crédito de una mejor manera que aquella que se obtendría en la etapa de quiebra con la venta o liquidación del activo de su deudor.

Igualmente, es del interés de los acreedores el saber cuándo se les pagarán sus créditos y así, a la vez que ponderan el porcentaje de sus créditos que serían pagados con la liquidación y venta de los activos de su deudor en la etapa de quiebra, también ponderan en qué momento recibirían ese porcentaje de su crédito. Y es que si la liquidación o venta del activo en la etapa de quiebra se hace ordinariamente mediante subasta pública, el acreedor corre el riesgo de que la subasta no se realice en un tiempo cercano al no concurrir personas interesadas en adquirir los bienes del deudor o al ocurrir dilaciones por las valuaciones de los activos del deudor que serán subastados.

Por tanto, es también benéfico para los acreedores el recibir el pago de sus créditos en un tiempo alterno al tiempo en el que lo recibirían en caso de la quiebra de su deudor, de ahí la razón de ser de la espera que comúnmente se contiene en el convenio concursal.

Así, la espera en la que convienen los acreedores en el convenio concursal se debe a que prefieren contar con la certeza del momento en el que serán pagados sus créditos, certeza que no existe si se atienen únicamente a la manera en la que se liquida o vende el activo en la etapa de quiebra. Pero la

espera no sólo obedece a ello, sino también para dar tiempo a que se explote el potencial económico y financiero de la empresa de su deudor para de ahí utilizar los recursos obtenidos para el pago de sus créditos. Es decir, si el acreedor conviene en que su crédito sea pagado a los tres o cuatro años de la celebración del convenio concursal, es porque confía en que a los tres o cuatro años la empresa de su deudor recuperará la capacidad financiera para hacer frente al pago del crédito a su cargo, porque en ese tiempo se explotará el potencial financiero y económico de la empresa para hacer pago a las obligaciones de las cuales en un momento dado tuvo una situación de incumplimiento generalizado.

Y también puede contenerse en el convenio concursal una combinación de ambas figuras, es decir, quita y espera, lo cual obedece a que los acreedores han dispuesto de un medio de satisfacer sus créditos en el monto y en el tiempo en que realmente ello puede ocurrir y que resulta más benéfico que el monto y el tiempo en la hipótesis de la quiebra de su deudor y la venta y liquidación de su activo.

3.6.1. El pago obligatorio.

El primer párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el convenio deberá de *considerar* el pago a los siguientes acreedores:

- A los previstos en el artículo 224 de la Ley de Concursos Mercantiles.
- A los acreedores singularmente privilegiados.
- A los acreedores con garantía real o con privilegio especial que no hubieren suscrito el convenio.

Las cuestiones que surgen ahora son: ¿qué se entiende por *considerar*?, ¿a qué se refiere el legislador al disponer que se deberá de *considerar el pago*?, ¿quiere decir que en el convenio mismo se debe de garantizar el pago a dichos acreedores?, ¿dicho pago debe ser total o puede ser parcial?, ¿la falta de garantía o *consideración en el pago* provoca que el convenio se repruebe? y finalmente, ¿no será que la Ley de Concursos Mercantiles está generando una especie de carga de ineludible cumplimiento para efectos de obtener la aprobación del convenio?

Los acreedores a que se refiere el primer párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles, al igual que los acreedores comunes, se cobrarán sobre la masa concursal. Así, de ser insuficiente esta, no se verán satisfechos sus créditos, por más prelación que unos tengan sobre otros. El convenio concursal obliga a los acreedores comunes que no suscribieron el mismo, por virtud de que les aporta una solución igual o mejor que aquella que aportaría la quiebra, pero dicha solución no es el pago total, pues al pago total no hay motivo de rechazo.

La solución que aporta el convenio concursal a los acreedores comunes es la solución *menos peor* que aquella que aporta la quiebra. Menos peor, pues si bien los acreedores comunes no recibirán el cien por ciento de su crédito, sí

recibirán un pago igual o mayor que el que recibirían en la quiebra y por este *mayor beneficio* de los acreedores comunes es por lo que están obligados todos en el convenio aun cuando no lo hayan signado.

Sin embargo, el convenio concursal no obliga a los acreedores a que se hace referencia en el primer párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles y aun así el legislador exige que se *considere* su pago so pena de no aprobar el convenio concursal que vinculará, no a dichos acreedores, sino a los acreedores comunes. De ser esta la interpretación de dicho numeral, se ocasionaría una situación de injusticia.

En efecto, la desgracia común que es la quiebra del deudor, la sufren todos los acreedores, unos menos que otros por razones de prelación. El convenio concursal busca aminorar esa desgracia para los acreedores a los que vincula, esto es, para los acreedores comunes. Sin embargo, para acceder a esa aminoranza de la desgracia, los acreedores comunes junto con el Comerciante, tendrían que hacer desaparecer dicha desgracia para los acreedores a que se hace referencia en el primer párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles, al *considerar su pago*, esto es, al liquidar el cien por ciento de sus créditos.

Así, en una quiebra en donde los acreedores a que se hace referencia en el primer párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles recibirían, una vez liquidado el patrimonio del deudor, el treinta por ciento de su crédito y los acreedores comunes el cero por ciento de los mismos, para poder otorgar a los acreedores comunes la solución alternativa a dicha quiebra y así mantener la empresa en operación, se tendría que liquidar el cien por ciento de aquellos acreedores primeramente mencionados.

Iguales entre iguales y desiguales entre desiguales. La desigualdad del trato de los acreedores es en relación a la prelación del cobro del crédito sobre los bienes del quebrado y no hay razones de injusticia en ello. Pero tanto los acreedores con prelación como los acreedores sin prelación se cobran sobre el patrimonio del deudor y todos ellos sufrirán de su insuficiencia, unos en mayor medida de otros.

Sin embargo, la injusticia radica en que siendo que tanto los acreedores comunes como los acreedores a que se hace referencia en el primer párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles se cobrarán sobre el patrimonio del deudor, para que los primeros mencionados puedan acceder a una solución alternativa a la quiebra deberán de liquidar el cien por ciento de los créditos de los últimos mencionados, lo que desde luego implica no sólo una mejor solución para estos últimos, sino una solución total.

Por ejemplo, un pasivo de cien millones de pesos es distribuido entre acreedores laborales contra la masa por cuarenta millones de pesos y acreedores comunes por sesenta millones. El activo de dicho deudor asciende a diez millones de pesos. En este ejemplo, para poder salvar a la empresa del deudor, no basta que los acreedores comunes que representen más de treinta millones de pesos consientan en recibir el cinco por ciento de sus créditos, sino

que ya sea el deudor sólo o junto con dichos acreedores, habrán de invertir cuarenta millones de pesos para poder liquidar a los acreedores laborales contra la masa. Esto es a lo que se refiere el legislador al señalar que el convenio concursal *deberá considerar el pago* de los créditos previstos en el artículo 224 de esta Ley, de los créditos singularmente privilegiados, y de lo que corresponda, conforme a sus respectivas garantías y privilegios, a los créditos con garantía real y con privilegio especial que no hubieren suscrito el convenio; y no encontramos otra interpretación distinta a dicho numeral aun y cuando nos conduzca a situaciones absurdas como la ejemplificada.

3.6.2. La previsión de reservas.

El segundo párrafo del artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el convenio deberá prever reservas suficientes para el pago de lo siguiente:

- De las diferencias que puedan resultar de las impugnaciones que se encuentren pendientes de resolver.
- De los créditos fiscales por determinar.

3.6.3. Aumento del capital social.

El artículo 155 de la Ley de Concursos Mercantiles regula el supuesto de que en el convenio concursal se pacte un aumento al capital social del comerciante. Desde luego esta disposición únicamente aplica a los comerciantes personas morales.

En los concursos mercantiles de las personas morales únicamente requiere intervenir el representante legal de dicha persona moral, esto es, los socios o accionistas de dicha persona moral no tienen interés jurídico en el concurso de la misma sino únicamente, en el concurso voluntario, para adoptar la resolución de solicitar la declaratoria de concurso mercantil.

Sin embargo, el aumento del capital social de una persona moral no es una decisión que competa al representante legal de la misma, sino que dicha decisión compete a la asamblea de socios o accionistas.

Ni el Comerciante, ni el Conciliador ni el Juez concursal pueden decidir u ordenar aumentar el capital social, puesto que ello sí es una cuestión que afecta el interés jurídico de los socios y accionistas sobre los cuales no tiene jurisdicción el referido juez concursal por virtud del concurso mercantil de la persona moral.

Y no obstante lo anterior, el primer párrafo del artículo 155 de la Ley de Concursos Mercantiles hace referencia a que el aumento al capital social es pactado en el convenio concursal celebrado entre el Comerciante y sus acreedores reconocidos necesarios para dotarle de eficacia al mismo.

De ahí que hasta el momento existan dos posibles interpretaciones a dicho párrafo.

La primera consiste en que el primer párrafo del artículo 155 de la Ley de Concursos Mercantiles constituye un error de técnica legislativa al no ser conforme con la legislación regulatoria de las sociedades mercantiles en México, en donde la decisión de aumentar el capital social únicamente compete a los socios y accionistas de las mismas. Por tanto, dicho primer párrafo del artículo 155 de la Ley de Concursos Mercantiles se debería de leer como si el aumento al capital social no fue pactado en el convenio concursal sino que fue decidido por la asamblea de socios o accionistas de la persona moral concursada y que el juez concursal únicamente servirá de medio para hacer las notificaciones.

La segunda consiste en que el primer párrafo del artículo 155 de la Ley de Concursos Mercantiles constituye una norma de excepción de todas las normas relativas a las sociedades mercantiles y que la decisión de aumentar el capital social corresponde al Comerciante y a sus acreedores reconocidos que dotan de eficacia al convenio concursal, sujeto a la autorización del juez concursal. Y es que el último enunciado del artículo 155 de la Ley de Concursos Mercantiles reza: *“el juez podrá autorizar el aumento de capital social”*, lo que daría a entender que el aumento al capital social de una persona moral sujeta a concurso mercantil puede ser objeto de autorización por parte del juez concursal y no sólo objeto de decisión de los socios o accionistas de dicha persona moral.

Ahora bien, ¿por qué sería necesario aumentar el capital social de una persona moral para celebrar el convenio concursal? Dos podrían ser las razones: 1) a través del aumento del capital social la sociedad se hace de más recursos y con dichos recursos se hará frente al cumplimiento del convenio; 2) las acciones que representen el capital aumentado serán dadas en pago a los acreedores.

3.6.4. Restricciones a favor de los acreedores comunes que no suscriban el convenio.

El artículo 159 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el convenio sólo podrá estipular para los acreedores reconocidos comunes que no lo hubieren suscrito lo siguiente:

I.- Una espera, con capitalización de intereses ordinarios, con una duración máxima igual a la menor que asuman los Acreedores Reconocidos comunes que hayan suscrito el convenio y que representen al menos el treinta por ciento del monto reconocido que corresponda a dicho grado;

II.- Una quita de saldo principal e intereses devengados no pagados, igual a la menor que asuman los acreedores reconocidos comunes que hayan suscrito el convenio y que representen al menos el treinta por ciento del monto reconocido que corresponda a dicho grado; o

III.- Una combinación de quita y espera, siempre que los términos sean idénticos a los aceptados por al menos el treinta por ciento del monto reconocido a los acreedores reconocidos comunes que suscribieron el convenio.

A este respecto la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguiente:

Siendo el convenio obligatorio para los acreedores ausentes y disidentes, es indispensable establecer disposiciones de protección a las minorías que, preservando la flexibilidad del proceso, impidan que el convenio se abuse para atropellar a los disidentes, así, se limita lo que se puede imponer a los acreedores disidentes, con respecto al monto reconocido y convertido a UDIs, a una quita, espera o combinación de ambas, igual a la más favorable de las que hayan aceptado quienes suscribieron el convenio, siempre y cuando una proporción suficiente de quienes suscribieron el convenio haya recibido tales condiciones.

Así, debe existir un trato igualitario también en el concordato, pues *“la ley de la igualdad vale para la quiebra y para el concordato en la quiebra”*.¹⁰⁵

3.6.5. En qué moneda se pacta el convenio.

El último párrafo del artículo 159 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que en el convenio se podrá estipular que los créditos se mantengan en la moneda, unidad de valor o denominación, en que fueron originalmente pactados.

3.6.6. Quitas y esperas.

Por la situación del deudor declarado en concurso mercantil éste no puede pagar el todo en su vencimiento. Por ello, el convenio concursal, que busca sacar al deudor de dicha situación, deberá de prever cuánto de ese todo se va a pagar y cuándo. Esto es, dicho convenio contendrá quitas y esperas.

3.6.6.1. Sobre si existe un máximo del monto de la quita.

Anteriormente, en nuestra abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en sus artículos 317 y 318 se establecía que ninguna quita podría ser superior al sesenta y cinco por ciento si el pago fuera al contado o superior al cincuenta y cinco por ciento si el pago fuera con espera. Es decir, lo mínimo que podría recibir un acreedor común que no hubiera suscrito el convenio sería un treinta y cinco por ciento del valor de su crédito, pagadero al contado o un mínimo del cincuenta por ciento de su crédito pagadero a plazo (espera). Dicho porcentaje mínimo se aumentaba en un cinco por ciento en caso de que el convenio concursal lo fuera para prevenir la quiebra (art. 403).

Igualmente, en dicha abrogada ley (art. 317), el monto de la quita incidía sobre el porcentaje requerido para su votación, ej: para una quita del sesenta y cinco por ciento, se requería un porcentaje de votación del setenta y cinco por

¹⁰⁵ *“La legge dell’uguaglianza vale per il fallimento e per il concordato di fallimento.”* Rocco, Alfredo, *Il concordato ...* Cit., p. 229.

ciento del pasivo, para una quita del cincuenta y cinco por ciento, se requería un porcentaje de votación del sesenta y cinco por ciento del pasivo, para una quita del treinta y cinco por ciento, se requería un porcentaje de votación de la mayoría absoluta.

La relación entre monto de la quita y mayoría requerida, es explicada por Rocco en el sentido de que *“no sólo es natural, sino es justo que la mayoría requerida sea tanto mayor, cuanto mayor es la importancia de la decisión ... parece plenamente legítimo que se requiera una mayoría tanto más fuerte, cuanto menor es el porcentaje prometido, o más largo el tiempo dentro del cual debe ser pagado”*.¹⁰⁶

El texto de los artículos 317, 318 y 403 de la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos es el siguiente:

Artículo 317.- Si el convenio propusiere pago al contado, no podrá implicar una quita mayor del 65% de los créditos y tendrá que reunir las siguientes mayorías:

I.- Del setenta y cinco por ciento del pasivo si el dividendo ofrecido fuese igual o superior al treinta y cinco sin llegar al cuarenta y cinco por ciento.

II.- Del sesenta y cinco por ciento del pasivo si el dividendo fuese del cuarenta y cinco al cincuenta y cinco por ciento.

III.- De la mayoría absoluta del pasivo si el dividendo fuese igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

Para la válida decisión de la junta han de concurrir a ella cuando menos la mayoría absoluta de los acreedores y votar a favor del convenio un tercio del total de los mismos.

Artículo 318.- Si además de la quita, el convenio propusiera espera, ésta no podrá ser mayor de dos años ni aquella mayor de un cincuenta y cinco por ciento.

Las mayorías de capital para la admisión serán:

I.- Del setenta y cinco por ciento del pasivo, si el dividendo ofrecido fuese igual o superior al cuarenta y cinco por ciento sin llegar al sesenta y cinco por ciento.

II.- Del sesenta y cinco por ciento del pasivo, si el dividendo fuese el sesenta y cinco por ciento al setenta y cinco por ciento.

III.- De la mayoría absoluta del pasivo, si el dividendo fuese igual o superior al sesenta y cinco por ciento.

Artículo 403.- La proposición del convenio preventivo podrá tener como objeto quita, espera, o ambos combinados, siendo aplicable lo dispuesto para el convenio en la quiebra, si bien el tanto por ciento que el suspenso ofrezca pagar a los acreedores ha de ser superior en un cinco por ciento, en cada caso, a los porcentajes mínimos que podrán proponerse en el convenio de la quiebra.

¹⁰⁶ *“non solo è naturale, ma è giusto che la maggioranza richiesta sia tanto maggiore, quanto maggiore è l'importanza della decisione appare pienamente legittimo che si richieda una maggioranza tanto più forte, quanto minore è la percentuale promessa, o più lungo il tempo entro il quale deve essere pagata.”* Ibid., p. 364.

En nuestra actual Ley de Concursos Mercantiles nada se dice al respecto, sin embargo podemos adelantar que sí existe un límite al monto máximo de la quita que puede ser impuesta a los acreedores comunes no signantes del convenio concursal y ello lo es con fundamento en el orden público tutelado por la referida legislación concursal así como por los fundamentos que sustentan la vinculación del convenio concursal a los acreedores no signantes del mismo.

En efecto, la *teoría del mayor beneficio* recoge una cuestión de interés público: que los acreedores comunes reciban el pago de sus créditos en la prelación que guarden con el resto de los acreedores y hasta el monto que lo permita el patrimonio del deudor.

Dicha teoría es explicada por la doctrina anglosajona de la siguiente manera:

(p. 308)... la teoría del 'mayor beneficio' dispone que, cada acreedor, garantizado o no, reciba al menos lo que hubiera recibido si el deudor se fuera a (liquidación/quiebra)...que cada acreedor que no ha suscrito el convenio reciba al menos lo que pudiera recibir en liquidación (p. 397). ... No debe empeorar la situación del acreedor en la reorganización que la situación que guardaría en una liquidación (p. 421).¹⁰⁷

Sobre el principio del mayor beneficio, Baird y Jackson señalan lo siguiente:

Los acreedores pueden vetar un plan al cual no estén de acuerdo si pueden demostrar que ellos recibirán menos en la reorganización que en la liquidación bajo el Capítulo 7 ... Esto usualmente es llamado el test del "mayor beneficio para los acreedores" (p. 59) ... En teoría, el acreedor no puede estar peor que si hubiera habido una venta de los activos. En efecto, mediante la reorganización del pasivo, uno puede dejar la empresa intacta y tal vez valer más si se tuvieran que vender los activos por partes. La reorganización en teoría ... da a los acreedores no menos de lo que ellos hubieran recibido en el Capítulo 7 (liquidación) y puede darles más.¹⁰⁸

También resulta ilustrativo acudir a lo que señala Rocco en el siguiente sentido:

¹⁰⁷ "the 'best interests' test, requires that each creditor, secured or unsecured, receive at least as much as that creditor would have received if the debtor had gone into Chapter 7 (p. 307) ... every creditor who has not accepted the plan will get at least as much as that creditor would have gotten in a liquidation (p. 397) ... the creditor must be no worse off in a reorganization than it would have been if there were a liquidation (p. 421)". Warren, Elizabeth y Westbrook, Jay Lawrence, *Op. Cit.*, pp. 307, 397 y 421.

¹⁰⁸ "Individual creditors can veto a plan they do not agree with if they can show that they will receive less in the reorganization than in a straight liquidation under Chapter 7. ... This is often called the 'best interests of creditors' test (p. 59) ... In theory, the creditor is no worse off than if there had been a sale of assets. Indeed, by restructuring the debts, one can keep the firm intact and perhaps worth more than if the assets had to be sold piecemeal. The reorganization in theory ... gives the creditors no less than they would have received in Chapter 7 and it may give them more (p. 949)" Baird, Douglas y Jackson, Thomas, *Cases, problems and materials on bankruptcy*, Little, Brown and Company, E.U.A., 1990, pp. 59 y 949.

En el concordato los acreedores no consienten en reducir sus derechos sino porque la liquidación actual del patrimonio del deudor les procuraría un dividendo menor de aquel que les es prometido en el concordato ...¹⁰⁹

Igualmente, se debe de reconocer la existencia de un monto máximo de las quitas tomando en consideración otra de las finalidades del concordato, que, además de consistir en una solución alternativa a la propuesta por la quiebra, también busca hacer cesar el estado de iliquidez o de incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones del deudor, por lo tanto, los sacrificios válidos propuestos en el concordato, deben de cumplir con lo que Rocco señala a continuación:

... el sacrificio de los acreedores debe hacer posible al deudor el restablecimiento de los negocios;
 ... el sacrificio de los acreedores debe ser sólo aquello que es suficiente para hacer posible el restablecimiento de los negocios: si fuese mayor, y dejase un margen al deudor, no sería concordato, sino donación;
 ... el sacrificio debe ser hecho para alcanzar la finalidad de hacer posible el restablecimiento de los negocios y no debe ser guiado por un simple espíritu de caridad y de desinterés.¹¹⁰

Y en este sentido, la exposición de motivos de la Ley de Concursos Mercantiles señala lo siguiente:

La intención es que todos los acreedores reciban al menos lo que les correspondería en el mejor caso de enajenación en quiebra ...

Así pues, sí existe un monto máximo de la quita que puede ser impuesta a los acreedores no signantes del convenio concursal.

3.6.6.1.1. Fórmula matemática para obtener el monto máximo de la quita.

Bajo esas premisas se propone elaborar la siguiente fórmula matemática para obtener el monto máximo de la quita, en porcentaje, que puede ser impuesta a los acreedores comunes que no signaron el convenio concursal:

$$mmq = ((mc - rd) \times 100) / mc.$$

Donde *mmq* es monto máximo de quita;
mc es monto reconocido a acreedores comunes; y
rd es remanente distribuible a acreedores comunes después del pago a acreedores con prelación.

Para obtener *rd*, es necesario hacer la siguiente operación:

¹⁰⁹ "Nel concordato i creditori non consentono a riduzioni dei loro diritti se non perché la liquidazione attuale del patrimonio del debitore procurerebbe loro un dividendo minore di quello che è loro promesso nel concordato", Rocco, Alfredo, *Il concordato* Cit., p. 10.

¹¹⁰ "il sacrificio dei creditori deve rendere possibile al debitore la ripresa degli affari; ... il sacrificio dei creditori deve essere solo quello che è sufficiente per rendere possibile la ripresa degli affari: se fosse maggiore, e lasciasse un margine al debitore, non sarebbe concordato, ma donazione; ... il sacrificio deve essere fatto appunto allo scopo di rendere possibile la ripresa degli affari e non deve essere guidato da un semplice spirito di carità e di disinteresse" *Ibid.*, p. 178.

$$rd = map - pap$$

Donde *map* es el monto aproximado del producto de la enajenación del activo; y

pap es el pago a acreedores con prelación a los acreedores comunes.

Procederemos a aclarar dicha fórmula matemática con el siguiente ejemplo.

El concursado tiene en su patrimonio activos que de ser enajenados en etapa de quiebra, se obtendría un producto aproximado de cincuenta millones de pesos. El pasivo del concursado fue reconocido por un monto de ciento veinte millones de pesos, donde veinte millones corresponde a un pasivo laboral y los cien millones de pesos restantes corresponden a acreedores comunes. Pues bien, el monto máximo de la quita, en porcentaje, que pudiera imponerse a los acreedores comunes que no signaron el convenio se obtendría como sigue.

Los acreedores laborales tienen prelación de pago frente a los acreedores comunes. Por tanto, de los cincuenta millones de pesos a los que asciende el monto aproximado del producto de la enajenación del activo, veinte millones serán destinados a cubrir el cien por ciento del pasivo laboral. Por tanto, los acreedores comunes tendrán un remanente para ser distribuido entre ellos mismos por la cantidad de treinta millones de pesos:

$$rd(30) = map(50) - pap(20).$$

Entonces, para el pago a los acreedores comunes, cuyos créditos ascienden a cien millones de pesos, únicamente se cuenta con la cantidad de treinta millones de pesos. Así, en la etapa de quiebra, en donde se enajene el activo del deudor concursado, los acreedores comunes recibirían en el mejor de los casos treinta centavos de cada peso que se les debe.

Así, la solución alternativa que propone el convenio concursal sólo podrá imponerse a los acreedores comunes que no suscribieron el convenio, si en éste se pacta que dichos acreedores comunes recibirán al menos, treinta centavos de cada peso que se les debe. Es decir, sólo se les podrá imponer una quita máxima de setenta centavos por cada peso.

Expresando lo anterior en porcentajes, se les podrá imponer una quita no mayor del setenta por ciento:

$$mmq(70\%) = ((mc(100) - rd(30)) \times 100) / mc(100).$$

Por ello es importante hacer la previsión del producto que se obtendría con la enajenación del activo, previsión que precisa de una valuación del activo. Igualmente, podemos advertir que sí incide en la etapa de conciliación en un concurso mercantil las normas de prelación de los acreedores

reconocidos y no es algo que únicamente incida o interese a la etapa de quiebra.

3.6.6.2. Sobre si existe un mínimo del monto de la quita.

Podría pensarse que sólo puede hablarse de montos máximos de las quitas que pueden pactarse, pero si se atiende a la finalidad del convenio concursal, que no sólo es dar una solución alternativa a la propuesta por la quiebra, sino también contribuir a hacer desaparecer el estado de iliquidez o de incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones, entonces sí sería válido preguntarse si las quitas otorgadas resultan suficientes para lograr dicho cometido, es decir, cuál sería el monto mínimo necesario de la quita. Y es que sería sumamente inútil iniciar y transitar por un complicado proceso concursal para culminar con un convenio concursal con quitas insignificativas que resulten insuficientes al deudor para hacer cesar el estado de incumplimiento generalizado en los pagos.

Por ello, para Rocco, el sacrificio realizado por los acreedores, esto es, el monto de la quita, *“debe haber posible al deudor el restablecimiento de los negocios”*.¹¹¹

Para Bravard-Veyrières el convenio concursal debe evitar que el concursado regrese a la misma posición antes de la quiebra, por ende, las quitas y esperas deben de ser suficientes:

Todo concordato implica concesiones en favor del quebrado. En efecto, si se le limita a restablecerlo única y simplemente en el encargo de los negocios, no sería nada de útil, ni para él, ni para sus acreedores: porque él se encontraría en la misma posición que antes de la declaración de quiebra, en la misma impotencia de cumplir con sus acreedores. Se requiere por tanto, para hacer posible y eficaz el restablecimiento en la administración de la empresa, liberarlo de una cierta parte de su pasivo, otorgarle al menos esperas.¹¹²

Si una de las finalidades de la quiebra es hacer desaparecer de la economía las empresas que presentan problemas de incumplimiento generalizado, el concordato, como solución alternativa, no cumpliría su función si las quitas concedidas no hacen desaparecer ese problema de incumplimiento generalizado. Así, D'Avack señala:

Detenida la vida de la empresa tiene lugar el verdadero interés final y sustancial del Estado en la quiebra, tiene lugar el interés de ver eliminado este elemento perturbador de la circulación y de la economía general, de ver eliminado este cadáver del mundo comercial, es la liquidación de la empresa la que se impone como exigencia imprescindible y como una exigencia que debe ser satisfecha en el modo más rápido y más seguro, y, sobretodo, que no debe ser dejada a la iniciativa privada, sino que debe ser satisfecha por obra del Estado. Se podrá

¹¹¹ *“il sacrificio dei creditori deve rendere possibile al debitore la ripresa degli affari”* Ibid., p. 178.

¹¹² *“Tout concordat implique des concessions en faveur du failli. En effet, si l'on se bornait à le rétablir purement et simplement à la tête de ses affaires, on ne ferait rien d'utile, ni pour lui, ni pour ses créanciers : car il se trouverait dans la même position qu'avant le jugement déclaratif, dans la même impuissance de s'acquitter envers ses créanciers. Il faut donc, pour rendre possible et efficace son rétablissement à la tête de ses affaires, le libérer d'une certaine partie de son passif, lui accorder au moins de délais”* Bravard-Veyrieres, *Op. Cit.*, tomo V, p. 432.

escapar de la destrucción de la empresa por medio del concordato; cuanto mejor: pero si eso no es posible el patrimonio del quebrado debe ser definitivamente distribuido entre aquellos que tengan derecho.¹¹³

3.6.6.3. Sobre si existe un máximo o mínimo para el tiempo de la espera.

Anteriormente, en nuestra abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos en su artículo 318 disponía que la espera no podría ser mayor de dos años, si dicha espera viene combinada con una quita y si no viene combinada con quita, la espera no podría ser mayor a tres años (art. 322).

En nuestra actual Ley de Concursos Mercantiles no existe precepto expreso sobre el máximo de tiempo para la espera, sin embargo, atendiendo a que en el convenio concursal no existe una autonomía de la voluntad de las partes, para poder vincular a los acreedores no signantes de dicho convenio concursal debe de existir una razón del porqué se pactó determinado tiempo de espera.

Esa razón se obtiene de la funcionalidad de la espera que un acreedor otorga a su deudor. La espera tiene como función el permitir un tiempo para que el deudor potencialice su patrimonio para poder cumplir con la deuda una vez que dicha espera finalice.

Así, las esperas en el convenio concursal sólo estarán justificadas para los acreedores no signantes, si las mismas están justificadas en el tiempo necesario para que el concursado potencialice su patrimonio y pueda hacer frente al pago de las obligaciones. Si pudiendo potencializar su patrimonio en un plazo de doce meses, se pacta una espera de treinta y seis meses, dicha espera no está justificada.

Igualmente, si el patrimonio del deudor únicamente podría potencializarse en un periodo de veinticuatro meses, una espera de doce meses no haría cumplir al convenio concursal con su finalidad, a saber: hacer cesar el estado de incumplimiento generalizado en el pago de las obligaciones. Con dicha espera ineficaz, por no atender al mínimo necesario, se situaría al concursado indefectiblemente en la situación de incumplir el convenio concursal y volver a una situación de incumplimiento generalizado en el pago de sus obligaciones.

3.6.6.4. Sobre si la quita es una remisión.

¹¹³ “Arrestata la vita dell’azienda si attua il vero interesse finale e sostanziale dello Stato nel fallimento, si attua l’interesse di veder eliminato questo elemento perturbatore della circolazione e della economia generale, di veder eliminato questo cadavere dal mondo commerciale; è la liquidazione dell’azienda che si impone come esigenza imprescindibile e come un’esigenza che deve essere soddisfatta nel modo più rapido e più sicuro, e, soprattutto, che non deve essere lasciata all’iniziativa privata, ma che deve essere soddisfatta ad opera dello Stato. Si potrà sfuggire alla distruzione dell’azienda per mezzo del concordato; tanto meglio: ma se ciò non è possibile il patrimonio del dissestato deve essere definitivamente distribuito fra gli aventi diritto”, D’Avack, Carlo, *La natura giuridica del fallimento*, CEDAM, Italia, 1940, p. 21.

Citaremos a continuación la opinión de diversos autores de la doctrina concursal de la cual se advierte su oposición a igualar la quita concordataria a la remisión de deuda.

Lyon-Caen & Renault señalan lo siguiente:

No será necesario exigir al acreedor la capacidad de disponer a título gratuito porque, así como será explicado a propósito de los efectos del concordato, las remisiones que contiene no constituyen donaciones como las remisiones de deuda tratadas en el Código Civil.¹¹⁴

La remisión contenida en el concordato tiene ciertamente una analogía con la remisión de deuda de la cual trata el Código Civil (art. 1284 y sig.). Pero hay entre estos dos tipos de remisiones, desde el punto de vista de su naturaleza intrínseca, una diferencia esencial con la cual se relacionan consecuencias prácticas importantes. La remisión de deuda de la cual se ocupa el Código Civil, es un acto puramente voluntario de la parte del acreedor de la cual emana y constituye una donación. No es lo mismo con la remisión contenida en el concordato; ésta no es un acto voluntario de todos los acreedores y no es ninguna donación. Ésta produce sus efectos en contra de los acreedores que no participaron en el voto del concordato o que votaron en contra del concordato. Ésta no tiene el carácter de una liberalidad propia respecto a los acreedores que formaron la mayoría. Si votaron el concordato, es porque pensaron que sería necesario consentir un sacrificio por temor de sufrir una pérdida más grande a consecuencia de gastos y tiempos ocasionados por el proceso de liquidación o a razón de la depreciación de los bienes. *Melius est pauca dividere quàm totum perdere*, decía Straccha, para expresar el principio que sirve de base, por así decirlo, a las remisiones contenidas en el concordato. Los mismos acreedores a favor del concordato, carecen pues del *animus donandi*, que es un elemento esencial para la existencia de toda donación. De ésta idea fundamental se derivan importantes consecuencias que constituyen las diferencias entre la remisión de deuda ordinaria y la remisión de deuda contenida en el concordato.

a. La remisión ordinaria de la deuda implica la extinción completa, de tal suerte que la deuda no subsiste más ni tampoco como simple obligación natural. En cambio, el deudor concordatario permanece obligado naturalmente a pagar a sus acreedores la porción de sus deudas que le fueron remitidas. La existencia de dicha obligación natural parece resultar de que, para obtener esa rehabilitación, hace falta que el deudor, incluyendo el concordatario, haya pagado la totalidad de sus deudas en capital y en intereses (art. 604, 1er alin). Hay incluso así, un medio indirecto de exigir con coerción dichas obligaciones naturales. b. La remisión ordinaria de la deuda otorgada al deudor principal libera al garante (art. 1287, C. civil). En contrario, en caso de remisión hecha por concordato, los acreedores conservan sus derechos para actuar sobre el todo contra el garante del deudor.¹¹⁵

¹¹⁴ “On ne saurait aller jusqu’à exiger chez le créancier la capacité de disposer à titre gratuit ; car, ainsi que cela sera expliqué à propos des effets du concordat (n° 616), les remises qu’il contient ne constituent pas des donations comme les remises de dettes dont traite le Code civil” Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VII, p. 537.

¹¹⁵ “La remise contenue dans le concordat a certainement de l’analogie avec la remise de dette dont traite le Code civil (art. 1284 et suiv.). Mais il y a entre ces deux sortes de remises, au point de vue de leur nature intrinsèque, une différence essentielle à laquelle se rattachent des conséquences pratiques importantes. La remise de la dette dont s’occupe le Code civil, est un acte purement volontaire de la part du créancier dont elle émane et constitue une donation. Il n’en est pas de même de la remise contenue dans le concordat ; ce n’est pas un acte volontaire pour tous les créanciers et ce n’est pour aucun une donation. Elle produit ses effets à l’encontre des créanciers qui n’ont pas participé au vote du concordat ou qui même ont voté contre le concordat. Elle n’a pas le caractère de libéralité même à l’égard des créanciers qui ont formé la majorité. S’ils ont voté pour le concordat, c’est qu’ils ont pensé qu’il fallait

Thaller señala:

Remisión del concordato y remisión ordinaria. Se ha establecido con frecuencia, un símil entre la remisión concordataria y la operación que prevé el Código civil, en los artículos del 1281 al 1288, dándole igualmente el nombre de 'remisión de la deuda'. Un símil sobre dos actos profundamente diferentes. Una remisión de deuda, otorgada a un deudor *in bonis* sin que éste proporcione un contra valor a cambio, no tiene con el concordato ninguna relación. En efecto: 1º la remisión de la deuda es sobre la totalidad de la deuda, mientras que la remisión contenida en un concordato es necesariamente parcial; 2º aunque sea consentida por una parte de la deuda, fue animada por un sentimiento de liberalidad, mientras que, en el concordato, el acreedor obedece a un móvil interesado, porque busca asegurar la entrada de una porción de su crédito renunciando a la otra; 3º el crédito o la porción del crédito remitida en derecho civil se extingue en todos los puntos de vista, mientras que la remisión del concordato deja subsistir una carga moral de reintegro al quebrado, así como una verdadera obligación natural.¹¹⁶

Alfredo Rocco señala:

Es verdad que nuestro Código civil coloca a la remisión entre los modos de extinción de las obligaciones (capítulo IV, sección II, artículos 1236 y 1279). Pero nosotros creemos que las normas escritas en el Código civil para la remisión, no pueden aplicarse a aquella especie particular de remisión que es contenida en el concordato, la cual ni posee los caracteres, ni produce los efectos de la remisión ordinaria. Entre la remisión del concordato y la remisión ordinaria, hay graves y sustanciales diferencias que podemos agrupar entorno a cuatro puntos principales:

a) Debido a que la remisión ordinaria extingue la obligación, afecta, es decir, el vínculo, es necesario concluir que, al menos de regla, y por su naturaleza, aquella

consentir à un sacrifice dans la crainte d'éprouver une perte plus grande par suite des frais et de délais occasionnés par la procédure de l'union ou à raison de la dépréciation des biens. Melius est pauca dividere quam totum perdere, disait Straccha, pour exprimer le principe qui sert de base, pour ainsi dire, aux remises contenues dans le concordat. Les créanciers même favorables au concordat manquent donc de l'animus donandi, qui est un élément essentiel à l'existence de toute donation. De cette idée fondamentale découlent d'importantes conséquences qui constituent des différences entre la remise de dette ordinaire et la remise de dette contenue dans le concordat. a. La remise ordinaire de la dette entraîne l'extinction complète, de telle sorte que la dette ne subsiste plus même comme simple obligation naturelle. Au contraire, le failli concordataire demeure obligé naturellement de payer à ses créanciers la portion de ses dettes dont la remise lui a été accordée. L'existence de cette obligation naturelle semble bien résulter de ce que, pour obtenir sa réhabilitation, il faut que le failli, même concordataire, ait acquitté l'intégralité de ses dettes en capital et en intérêts (art. 604, 1^{er} alin.). Il y a même ainsi un moyen indirect de contrainte sanctionnant cette obligation naturelle. b. La remise de dette accordée au débiteur principal libère la caution (art. 1287, C. civ.). Au contraire, en cas de remise faite par un concordat, les créanciers conservent leur droit d'agir pour le tout contre la caution du failli" Lyon-Caen & Renault, Op. Cit., tomo VII, pp. 576-580.

¹¹⁶ *"Remise du concordat et remise ordinaire.- On établit souvent un parallèle entre la remise concordataire et l'opération que prévoit le Code civil, aux articles 1282 à 1288, en lui donnant également le nom de 'remise de la dette'. Un pareil parallèle sur deux actes profondément différents. Une remise de dette, consentie à un débiteur in bonis sans que celui-ci fournisse une contre-valeur en retour, n'a avec le concordat aucun rapport. En effet : 1º elle porte le plus habituellement sur la totalité de la dette, tandis que la remise contenue au concordat est nécessairement partielle ; 2º ne fût-elle consentie que pour une partie de la dette, elle est animée d'un sentiment de libéralité ; tandis que, dans le concordat, le créancier obéit à un mobile intéressé, car il cherche à assurer la rentrée d'une portion de sa créance en renonçant à l'autre ; 3º la créance ou la portion de la créance remis en droit civil s'éteint à tous les points de vue ; tandis que la remise du concordat laisse subsister une charge morale de remboursement pour le failli, et même une véritable obligation naturelle" Thaller, Edmond, Op. Cit., p. 1266.*

no puede comprender sólo una parte del monto de un crédito, ya que la contradicción no permite que se mantenga cesado el vínculo, es decir extinta la obligación y subsistente sólo parcialmente los efectos del vínculo cesado. Al contrario, la reducción aportada en el concordato remisorio es siempre parcial.

b) La remisión ordinaria es un contrato a título gratuito, una verdadera forma de donación: la donación de un crédito; el concordato es siempre un contrato a título oneroso, en el cual los acreedores no son ni deben ser animados de un espíritu de liberalidad, sino de la intención de obtener una ventaja.

c) En la remisión ordinaria el deudor es completamente liberado; en el concordato remisorio permanece a su cargo una obligación natural, fortalecida, según ciertas legislaciones (por ejemplo la francesa), de la sanción derivada de la necesidad de cumplirla para obtener la rehabilitación; mientras, según ciertas otras legislaciones, permanece incluso una obligación civil la cual explica su eficacia en el caso de un retorno a mejor fortuna.

d) La remisión ordinaria libera los garantes (art. 1282 Cod. civil); la remisión contenida en el concordato no los libera (art. 792 Cod. comercio).¹¹⁷

Ramella señala:

La remisión en el concordato es por lo tanto diversa de la remisión de deuda (cod. civ. Art. 1279 s.). No es acto puramente voluntario del acreedor que la consiente, siendo el concordato eficaz incluso frente al acreedor que vota en contra; no es pues este acto *animo donandi*, sino que los acreedores, incluso los que asienten, hacen remisión, no por liberalidad, sino para evitar pérdidas mayores. Éstos en cambio son los elementos esenciales de la ordinaria remisión de deuda. Por tanto, mientras la remisión de deuda acordada al deudor principal o al codeudor libera al garante o codeudor solidario (cod. civ. art. 1281), sin que los mismos tuvieran derecho de regreso contra el deudor por el pago realizado, haciendo ineficaz aquel beneficio, la remisión propia del concordato no libera a los coobligados.¹¹⁸

¹¹⁷ “È vero che il nostro Codice civile colloca la remissione tra i modi di estinzione delle obbligazioni (capo IV, sezione III, articoli 1236 e 1279). Ma noi crediamo che le norme scritte nel Codice civile per la remissione, non possano applicarsi a quella specie particolarissima di remissione che è contenuta nel concordato, la quale né possiede i caratteri, né produce gli effetti della remissione ordinaria. Fra la remissione del concordato e la remissione ordinaria, corrono gravi, sostanziali differenze che possiamo raggruppare intorno a quattro punti principali: a) Poiché la remissione ordinaria estingue l’obbligazione, colpisce, cioè, il vincolo, bisogna concludere che, almeno di regola, e per sua natura, essa non può comprendere una parte soltanto dell’ammontare di un credito, giacché la contraddizione non consente che si ritenga cessato il vincolo, cioè estinta l’obbligazione e persistenti solo parzialmente gli effetti del vincolo cessato. Al contrario, la riduzione portata dal concordato remisorio è sempre parziale; b) La remissione ordinaria è un contratto a titolo gratuito, una vera forma di donazione: la donazione di un credito; il concordato è sempre un contratto a titolo oneroso, in cui i creditori non sono né debbono essere animati da spirito di liberalità, ma dall’intento di ottenere un vantaggio; c) Nella remissione ordinaria il debitore è completamente liberato; nel concordato remisorio resta a suo carico una obbligazione naturale, rafforzata, secondo certe legislazioni (p. es. la francese), dalla sanzione derivante dalla necessità di adempierla per ottenere la riabilitazione; mentre, secondo certe altre legislazioni, resta addirittura una obbligazione civile la quale spiega la sua efficacia nel caso di ritorno a miglior fortuna; d) La remissione ordinaria libera i fideiussori (art. 1282 Cod. civile); la remissione contenuta nel concordato non li libera (art. 792 Cod. commercio)” Rocco, Alfredo, *Il concordato ...* Cit., p. 185.

¹¹⁸ “La remissione nel concordato è quindi diversa dalla remissione di debito (cod. civ. art. 1279 s.). Non è atto puramente volontario del creditore che l’acconsente, essendo il concordato efficace pur rimpetto al creditore che vota contro; non è poi questo fatto *animo donandi*, ché i creditori, anche assenzienti, fanno remissione, non per liberalità, ma per evitare perdite maggiori. Questi invece sono gli elementi essenziali della ordinaria remissione di debito. Onde, mentre la remissione di debito accordata al debitore principale o al condebitore libera il fideiussore o condebitore solidario (cod. civ. art. 1281), senza di che i medesimi avrebbero diritto di regresso contro il debitore pel pagamento eseguito, rendendo inefficace quel beneficio, la remissione propria del concordato non libera i coobbligati” Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 2, pp. 219 y 220.

Bravard-Veyrières lo explica de la siguiente manera:

Qué se proponen los acreedores? perder lo menos posible. Si abandonan una parte de su crédito, es por conservar de manera más segura la otra parte. Por tanto la condición esencial de la relación, el carácter de liberalidad, falta aquí ... la reducción acordada por el concordato es un sacrificio interesado, consentido o más bien soportado por los acreedores, que son movidos, no por el deseo de gratificar al deudor, *animo donandi*, sino por la voluntad de perder lo menos posible, *animo conservandi*.¹¹⁹

Candian señala:

No hay remisión del punto de vista de los efectos, porque ésta, según la regulación que ha recibido en los art. 1279 y sigs. del código civil, implica extinción del crédito mientras el concordato, por sí, así procesal como convencional, implica sólo extinción de la acción ejecutiva. No hay remisión del punto de vista del elemento intencional porque ésta es hecha en el interés del deudor: el concordato extrajudicial, en cambio, en el interés del acreedor, o al menos, principalmente del acreedor ... Se comprende así perfectamente cómo, no siendo remisión, no exista (art.1281, 1282 cod. civ.) liberación de los codeudores y de los garantes.¹²⁰

Albert Wahl:

O los acreedores abandonan aquello que saben que no pueden salvar, o renuncian a una parte de su crédito a cambio de la certidumbre del excedente. De ahí que la remisión concordataria no es una donación.¹²¹

Massé:

... la remisión concedida al quebrado no es voluntaria, ni hecha con la intención de hacerle mejor su condición, y de procurarle una liberación propiamente dicha; sino que el único fin es permitirle pagar lo más seguramente posible la suma a la cual se redujo el crédito primitivo.¹²²

¹¹⁹ *“Que se proposent les créanciers ? De perdre le moins possible. S'ils abandonnent une partie de leur créance, c'est pour conserver plus sûrement l'autre partie. Donc la condition essentielle du rapport, le caractère de libéralité, manque ici. ... la réduction consentie para le concordat est un sacrifice intéressé, consenti ou plutôt subi par les créanciers, qui sont mus, non par le désir de gratifier le débiteur, animo donandi, mais par la volonté de perdre le moins possible, animo conservandi”* Bravard-Veyrieres, *Op. Cit.*, tomo V, pp. 445 y 446.

¹²⁰ *“Non c'è rimessione dal punto di vista degli effetti, perché questa, secondo il regolamento che ha ricevuto negli artt. 1279 sgg. del codice civile, implica estinzione del credito mentre il concordato, di per sé, così processuale come convenzionale, implica soltanto estinzione dell'azione esecutiva. Non c'è rimessione dal punto di vista dell'elemento intenzionale perché essa è fatta nell'interesse del debitore: il concordato stragiudiziale, invece, nell'interesse del creditore, o, quanto meno, principalmente del creditore Si comprende così perfettamente come, non essendoci rimessione, non ci sia (artt. 1281, 1282 cod.civ.) liberazione dei condebitori e dei fideiussori”* Candian, Aurelio, *Il proceso di fallimento*, *Cit.*, p. 495.

¹²¹ *“ou les créanciers abandonnent ce qu'ils savent ne pas pouvoir sauver, ou ils renoncent à une partie de leur créance en échange des certitudes qu'on leur donne pour le surplus. De ce que la remise par concordat n'est pas une donation”* Wahl, Albert, *Precis theorique et pratique de droite commercial*, Librairie de la Societe du Recueil Sirey, Francia, 1922, p. 992.

¹²² *“la remise accordée au failli n'est pas volontaire, ni faite dans l'intention de rendre meilleure la condition du failli, et de lui procurer une libération proprement dite ; mais dans le seul but de lui permettre de payer plus sûrement la somme à laquelle est réduite la créance primitive”* Massé, M.G., *Op. Cit.*, tomo V, p. 300.

Luigi Maldari:

el concordato, en sus relaciones, no importa remisión del resto de la deuda y por lo tanto extinción de la obligación, sino tiende solamente a la solución procesal más económica y más útil de la ejecución forzada.¹²³

Los acreedores firman el concordato, no por una liberalidad, sino “a efecto de cortar un procedimiento judicial con sus crecidos gastos y con sus dilaciones no sujetas a cálculo, y a veces también con la mira de sacar partido de las buenas disposiciones del deudor, confiando en el resultado de sus operaciones una vez que se vea libre de las acciones apremiantes que forzaban o detenían sus pasos”.¹²⁴

Elizabeth Warren señala que “no es fuera de lo común a un acreedor aceptar menos del pago total, basado en su conclusión que un pago parcial en la reorganización es probablemente mejor que el pago parcial o ningún pago en la liquidación”.¹²⁵

Nos sentimos convencidos por las razones aportadas por los autores antes citados de que la quita concordataria que los acreedores conceden al deudor no es una remisión de deuda, lo que trae como consecuencia, por ejemplo, que el convenio concursal no pueda ser considerado como un acto en fraude de los acreedores del deudor que, como acreedor, suscribe un convenio concursal, o que la quita concordataria no pueda ser utilizada a beneficio de los codeudores del concursado.

3.6.6.5. Sobre si la quita produce una excepción de *pactum de non petendo*.

Una vez que se descartó que la quita concordataria sea equivalente a una remisión ordinaria, algunos autores han precisado que aquella no produce a favor del concursado otra cosa sino una excepción de *pactum de non petendo*. Así lo explica Alfredo Rocco a continuación:

El concordato, entonces, no es una remisión ordinaria ni extingue, incluso parcialmente, las previas obligaciones. Su efecto sobre las obligaciones mismas es muy limitado. Sin afectar inexorablemente el derecho, el concordato sólo paraliza su ejercicio: no influye sobre el derecho, que permanece íntegro, sino sobre la acción: ello crea a favor del deudor una obligación personal, obligando a los acreedores a no ejercitar parte de sus derechos o a ejercitarlos sólo en los modos y en las formas indicadas en el concordato; se trata, por lo tanto, no ya de extinción *ipso iure*, sino de una creación de un *ius exceptionis*. Usando la

¹²³ “il concordato, nei loro rapporti, non importa rimessione del residuo debito e quindi estinzione dell’obbligazione, ma tende solamente all’escogitazione processuale più economica e più utile dell’esecuzione forzata”, Maldari, Luigi, *Il concordato preventivo ed i piccoli fallimenti*, Gius. Laterza & Figli, Italia, 1903, p. 49.

¹²⁴ Marti de Eixala, Ramón y Durán y Bas, Manuel, *Instituciones de derecho mercantil de España*, Sociedad General de Publicaciones, España, 1911, p. 531.

¹²⁵ “It is not uncommon for a creditor to agree to less than full payment, based on its conclusion that partial payment in reorganization is likely to be better than partial payment or nonexistent payment in liquidation”, Warren, Elizabeth, *Chapter 11: reorganizing American businesses*, Wolster Kluwer, E.U.A., 2008, p. 147.

denominación romana de un instituto muy afín al nuestro, podemos decir que en el concordato hay un *pactum de non petendo*, pactado por los acreedores a favor del deudor.

Este concepto de un pacto contractual teniendo por objeto la obligación de no ejercitar sea por un cierto tiempo (*pactum de non petendo intra tempos*) sea definitivamente (*pactum de non petendo puro e semplice*) un determinado derecho de crédito no es nada extraño para el derecho moderno. Ya es controvertido si la misma remisión extingue definitivamente la obligación, o si, por el contrario, no crea sólo a cargo del acreedor una obligación personal de no ejercitar el derecho, y a favor del deudor una excepción apta a rechazar el ejercicio; y los autores de derecho común se pronuncian precisamente en este sentido. Pero sin dificultad se admite generalmente (y esto nos basta) al lado a la remisión extintiva una forma de remisión simplemente constitutiva de un *ius exceptionis*. Y que precisamente de esta forma particular de remisión, o sea de un *pactum de non petendo*, se trata en el concordato, nos persuaden las razones siguientes:

a) Verdadera extinción de la obligación existe sólo en aquellos modos de extinción que constituyen una satisfacción de la obligación: sólo el pago y los otros modos de extinción que equivalen al pago (compensación, confusión, novación y remisión) consumen y por tanto extinguen realmente el derecho. Los modos de extinción que no consumen el derecho, sino paralizan la acción, no se puede decir que extingan la obligación (de hecho en ellos sobrevive la obligación natural: ejemplo: en el caso de prescripción). Ahora el concordato no equivale al pago (la remisión sí, porque el acreedor en ella dona al deudor el objeto de la prestación y se declara satisfecho) y por lo tanto no ataca el derecho, sino la acción.

Y de hecho, como veremos, la gran mayoría de los autores admite que al concordato le sobrevive una obligación natural;

b) El concordato quita a los acreedores la acción contra el deudor principal, no contra los codeudores y garantes que pueden ser obligados a satisfacer la obligación entera (art. 792 Cod. comm.). Este principio, que hasta ahora ha formado obstáculo a la recepción de cualquier otra doctrina entorno a la eficacia del concordato sobre obligaciones previas, constituye una prueba preciosa a favor de nuestra teoría. La subsistencia de la obligación de los codeudores y garantes no puede depender si no de que el concordato contiene sólo un *pactum de non petendo*, el cual, siendo pactado sólo con el deudor principal, vale sólo de frente a quienes se obligaron con él o garantizaron su obligación;

c) La resolución del concordato no libera a los garantes que ahí intervinieron, ni hace cesar las hipotecas y las otras formas de garantía ahí constituidas (art. 843 último párrafo, Cod. comm.). También esta norma confirma la existencia de un *pactum de non petendo*, con la cual sólo ella es compatible. La resolución del concordato implica el regreso de los acreedores de la integridad de sus derechos (art. 843, 844, 845 Cod. comm.): resolución es decir del *pactum de non petendo*. A esta resolución no contradice la subsistencia de las garantías reales y personales dadas a garantizar las antiguas obligaciones, las cuales permanecen intactas en la sustancia, a pesar del *pactum de non petendo*.

d) El acreedor teniendo prenda o hipoteca concedida por un tercero no pierde con el concordato el derecho de obtener sobre la cosa objeto de la garantía el pago del crédito entero. Ni puede ser diversamente. En la quiebra del deudor directo aquél no puede ser considerado hipotecario o privilegiado porque no tiene privilegio o hipoteca sobre los bienes del quebrado. Si fuese considerado quirografario permanece sujeto al concordato incluso si no lo ha querido (art. 840): sería absurdo que la garantía cesare de serle útil cuando mejor le sirve.¹²⁶

¹²⁶ “Il concordato, adunque, non è una rimessione ordinaria né estingue, neppure parzialmente, le antecedenti obbligazioni. Il suo effetto sulle obbligazioni medesime è assai più limitato. Senza colpire

3.6.6.6. Sobre si subsiste una obligación natural después de la quita.

Nuestro derecho positivo reconoce la existencia de las obligaciones naturales,¹²⁷ por tanto, es importante analizar si después de la quita concordataria subsiste una obligación natural.

Augustin-Charles Renouard señala:

La obligación legal está extinta, pero su obligación moral y su deuda natural subsisten. El deudor ha pagado a sus acreedores en moneda de quiebra: la

inesorabilmente il diritto, il concordato ne paralizza soltanto l'esercizio: non influisce sul diritto, che resta integro, ma sull'azione; esso crea a favore del debitore una obbligazione personale, obbligando i creditori a non esercitare parte dei loro diritti o ad esercitarli solo nei modi e nelle forme indicati nel concordato; si tratta, dunque, non già di estinzione ipso iure, ma di creazione de uno ius exceptionis. Adoperando la denominazione romana di un istituto assai affine al nostro, possiamo dire che nel concordato vi è un pactum de non petendo, stipulato dai creditori a favore del debitore. Questo concetto di un patto contrattuale avente per oggetto la obbligazione di non esercitare sia per un certo tempo (pactum de non petendo intra tempus) sia definitivamente (pactum de non petendo puro e semplice) un determinato diritto di credito è tutt'altro che estraneo al diritto moderno. Già è controverso se la stessa rimessione estingue senz'altro la obbligazione, o se, piuttosto, non crei soltanto a carico del creditore un obbligo personale di non esercitare il diritto, e a favore del debitore una eccezione atta a respingerne l'esercizio; e gli autori di diritto comune si pronunciano appunto in questo senso. Ma senza difficoltà si ammette generalmente (e questo a noi basta) accanto alla rimessione estintiva una forma di rimessione semplicemente costitutiva di uno ius exceptionis. E che appunto di questa forma particolare di rimessione, ossia di un pactum de non petendo, si tratti nel concordato, ci persuadono le ragioni seguenti: a) Vera estinzione dell'obbligazione si ha solo per quei modi di estinzione che costituiscono un soddisfacimento dell'obbligazione: solo il pagamento e gli altri modi di estinzione che equivalgono al pagamento (compensazione, confusione, novazione e rimessione) consumano e quindi estinguono realmente il diritto. I modi di estinzione che non consumano il diritto, ma paralizzano l'azione, non si può dire che estinguano l'obbligazione (infatti ad essi sopravvive l'obbligazione naturale: es.: nel caso di prescrizione). Ora il concordato non equivale affatto a pagamento (la rimessione sì, perché il creditore in essa dona al debitore l'oggetto della prestazione e si dichiara soddisfatto) e quindi non colpisce il diritto, ma l'azione. E infatti, come vedremo, la gran maggioranza degli autori ammette che al concordato sopravviva una obbligazione naturale; b) Il concordato toglie ai creditori l'azione contro il debitore principale, non contro i condebitori e fideiussori che possono essere obbligati a soddisfare l'intera obbligazione (art. 792 Cod. comm.). Questo principio, che ha finora formato ostacolo all'accoglimento di qualunque altra dottrina intorno all'efficacia del concordato sulle obbligazioni preesistenti, costituisce una prova preziosa a favore della nostra teoria. La persistenza dell'obbligazione dei condebitori e fideiussori non può dipendere se non da ciò che il concordato contiene soltanto un pactum de non petendo, il quale, essendo stipulato solo col debitore principale, vale solo di fronte a coloro che si obbligarono con lui o garantirono la sua obbligazione; c) La risoluzione del concordato non libera i fideiussori in esso intervenuti, né fa cessare le ipoteche e le altre garanzie con esso costituite (art. 843 ult. Capov., Cod. comm.). Anche questa norma conferma l'esistenza di un pactum de non petendo, con la quale soltanto essa è compatibile. La risoluzione del concordato implica ritorno dei creditori nella integrità dei loro diritti (art. 843, 844, 845 Cod. Comm.): risoluzione cioè appunto del pactum de non petendo. A questa risoluzione non contraddice la persistenza delle garanzie reali e personali date a sussidio delle antiche obbligazioni, le quali sono rimaste intatte nella sostanza, malgrado il pactum de non petendo. d) Il creditore avente pegno o ipoteca concessa da un terzo non perde col concordato il diritto di ottenere sulla cosa oggetto della garanzia il pagamento dell'intero credito. Né può essere diversamente. Nel fallimento del debitore diretto egli non può essere considerato ipotecario o privilegiato perché non ha privilegio o ipoteca sui beni del fallito, e se venisse considerato tale sarebbe escluso da ogni ripartizione sui beni del fallito. Ma se è considerato chirografario rimane sottoposto al concordato anche se non l'ha voluto (art. 840): sarebbe assurdo che la garanzia cessasse di essergli utile quando meglio gli serve." Rocco, Alfredo, Il concordato ... Cit., p. 186.

¹²⁷ Art. 1804 del Código Civil Federal.

probidad le exige, si le sobrevienen nuevos bienes, de rembolsar dicha defectuosa pero válida moneda.¹²⁸

Alfredo Rocco señala:

Las cosas dichas hasta ahora nos proporcionan incluso una explicación satisfactoria de la persistencia que habíamos siempre afirmado y afirmamos de una obligación natural a cargo del deudor después del concordato para el pago de aquello que en el concordato ha sido remitido por los acreedores. En medio de las vivas controversias que se han creado, no sólo sobre el concepto, sino sobre la misma admisibilidad de las obligaciones naturales en nuestro derecho positivo, un relativo acuerdo puede decirse logrado entre los autores entorno a los puntos siguientes: la obligación natural no debe confundirse con los puros deberes morales o de conciencia; aquella existe como una especie particular de obligación y precisamente como una obligación civil imperfecta. La imperfección está en que de aquella relación jurídica obligatoria nace a favor del acreedor un derecho que carece de acción, carente, es decir, de coacción directa y únicamente capaz de coacción indirecta. La forma típica y principal de coacción indirecta que distingue la obligación natural es la *soluti ritentio* es decir la excepción con la cual el acreedor de una obligación natural, espontáneamente satisfecha, puede rechazar la acción del deudor dirigida a la restitución de lo ya pagado cuando la causal del pago haya sido hasta la satisfacción de la obligación natural.

Ahora si es cierto que después del concordato los acreedores no tienen más acción para obtener la parte del crédito al cual han debido renunciar, ello no significa que, por aquella parte, su derecho sea totalmente destruido. La obligación, en cambio, continúa subsistiendo como obligación natural, produciendo derechos indirectamente coercibles. Contra esta deducción no se puede oponer que una obligación natural sobreviviente al concordato deba negarse, porque en ningún lugar la ley reconoce tal obligación en las dos únicas formas en las cuales es posible hacerlo, es decir: o con negar la acción o con declarar irrepelible el pago. La falta de un texto expreso de ley que niega la acción o que declara la *soluti ritentio* no impide que se reconozca la obligación natural y por tanto la validez del pago hecho en ejecución de aquella. Como observa óptimamente Polacco, puede tenerse obligaciones naturales también si falta el texto explícito de ley que la reconozca mediante el rechazo de la acción o la admisión de la *soluti ritentio*.

Un similar criterio distintivo de las obligaciones naturales – puesto rígidamente por algunos autores, como reacción a las tendencias excesivamente idealistas de aquella escuela de jurisconsultos que buscaba el fundamento de las obligaciones naturales fuera del derecho positivo – se ha demostrado no sólo excesivo, sino en algunos casos incierto e inexacto. Puede haber, de hecho, un texto legislativo que niega la acción o conceda la *soluti ritentio*, sin que entonces pueda hablarse de obligación natural. Cierto, un criterio general seguro y apto para fundar la obligación natural exclusivamente en el derecho positivo, no es fácil de encontrarse; ni nos parece que aquellos dados hasta ahora satisfagan plenamente. Nosotros creemos que debe distinguirse los casos de obligación, los cuales, según la ley, no puede nacer como obligaciones naturales, de los casos de obligaciones que han nacido como obligaciones civiles, pero que, habiendo perdido la acción, permanecen como obligaciones simplemente naturales. La primera especie de obligaciones naturales debe ser prevista expresamente por el legislador, y esto porque siendo la regla que de un determinado hecho o no nace obligación – porque la ley lo desconoce – o nace obligación civil – cuándo y por

¹²⁸ “L’obligation légale est éteinte, mais son obligation morale et sa dette naturelle subsistent. Il a payé ses créanciers en monnaie de faillite : la probité lui commande, si de nouveaux biens lui adviennent, de rembourser cette défectueuse mais valable monnaie ” Renouard, Augustin-Charles, *Op. Cit.*, tomo II, p. 68.

que la ley lo reconoce – el caso de una obligación que nace como obligación natural es excepcional y por lo tanto de interpretación estricta. Existe constitución expresa de obligación natural sólo cuando la ley en modo explícito reconoce a un hecho determinado algunos efectos obligatorios civiles (entre aquellos la importantísima *soluti ritentio*), pero al mismo tiempo niega la acción (ej.: el caso de los deudores de juego). Las obligaciones naturales de la segunda categoría no son sino obligaciones perfectas, convertidas en imperfectas por la pérdida de la acción. En este caso la obligación siendo ya generada, no es necesario que la ley la revele de existencia reconociéndole algunos efectos; sino que basta y resulta que a una obligación perfecta existente sea privada de la acción: ello significa que la obligación perdura como simplemente obligación natural. Ahora producen pérdida de la acción con persistencia de la obligación todas las llamadas causas extintivas de la obligación, que no consisten en una satisfacción de la obligación. La obligación se extingue sólo cuando ella termina naturalmente su ciclo de existencia; es decir cuando es satisfecha: lo que viene sólo con el pago y con aquellos modos de extinción que equivalen al pago (novación; compensación; remisión a título gratuito; confusión). Cuando, en cambio, la obligación es generada, pero al acreedor le es impedido de ejercitar su derecho, no porque esto se haya consumado sino por la intervención de una causa que lo paraliza (p. ej.: prescripción; injusta sentencia pasada en cosa juzgada; falso juramento), la obligación, privada de la acción, persiste como obligación imperfecta o natural. Cada causa, así llamada extintiva de la obligación, que no consista en la consumación natural del derecho del acreedor, no tiene otro efecto que aquello de privar al acreedor de la acción, dejando sustituir la obligación como obligación natural.

Ahora, esto es el caso del concordato. En el concordato el derecho de los acreedores no se consume, como se consume, en cambio, en todos los modos de extinción de las obligaciones que consisten en un pago. En el concordato el acreedor no extingue la obligación, sino sólo, empujado por la necesidad, renuncia a la acción hacia el deudor. La diferencia sustancial entre la remisión y el concordato justifica esta conclusión. La remisión es un acto de liberalidad: ella implica una donación que el acreedor hace al deudor de la cosa debida, declarándose satisfecho; es por lo tanto un modo de extinción de las obligaciones que equivale al pago. En el concordato, en cambio, el acreedor no se declara para nada satisfecho, en él no se despoja voluntariamente del objeto de la prestación, a la cual tiene derecho, a favor del deudor que estaría así liberado, sino que se limita a renunciar a la acción, para obtener espontáneamente y sin la lentitud del proceso ejecutivo aquello que habría obtenido ejercitando hasta el final la acción y, posiblemente, algo de más. El porcentaje prometido en el concordato representa aquello que habría dado la acción. Es la acción por tanto, y no el derecho, lo que el acreedor pierde con el concordato. De aquí el por qué las obligaciones después del concordato persisten como obligaciones naturales. Esta conclusión, que resulta necesariamente de los caracteres distintivos de la obligación natural, es reforzada por dos disposiciones de la ley comercial, las cuales, reconociendo expresamente a las obligaciones del quebrado concordatario algunos efectos jurídicos importantes, les confirman su subsistencia como obligaciones imperfectas:

a) Un primer efecto jurídico que nuestra ley renueva a las obligaciones del quebrado después del concordato es aquel previsto en los artículos 839 y 815 Cod. comm. De estos artículos resulta implícitamente, pero claramente, que aún después de la satisfacción de parte del quebrado de las obligaciones resultantes del concordato, la inscripción en el libro de los quebrados se mantiene hasta el pago total de los créditos reconocidos en la quiebra, salvo el caso que el tribunal crea que el quebrado sea digno de particular trato. La legislación francesa posee una disposición análoga, pero mucho más rigurosa: aquella niega al quebrado concordatario la rehabilitación, si no ha pagado íntegramente todas sus deudas (*Code de commerce*, art. 604). Estos efectos jurídicos perniciosos para el quebrado concordatario, que persisten al concordato, constituyen verdaderas

sanciones indirectas de las obligaciones comprendidas en el concordato, a las cuales por lo tanto no se les puede negar el carácter de obligaciones imperfectas o naturales.

b) La ley mantiene íntegros los derechos de los acreedores contra los garantes del quebrado concordatario (art. 792 Cod. Comm). Pero la garantía es una obligación accesoria la cual presupone una obligación principal (art. 1899 Cod. civ.) y esta no puede ser otra que la obligación natural sobreviviente al concordato. Es el caso de repetir para la garantía aquello que el jurisconsulto romano decía a propósito de la prenda: *'Manet propter pignus naturales obligatio'*.

De la subsistencia de una obligación natural a cargo del deudor después del concordato sea amigable sea obligatorio, deriva:

a) que el deudor no podrá repetir aquello que habría pagado sin violencia, dolo o error, en demasía al porcentaje prometido en el concordato;

b) que el pago así hecho en cumplimiento de la obligación natural será un acto a título oneroso y no una donación: será, por lo tanto válido también sin la formalidad requerida por el art. 1056 Cod. civil para los actos de donación; no será sujeto a la causa especial de revocación de los art. 1081 y 1083; a la reducibilidad por lesión (art. 1091 y sig.); a la obligación de la carga hereditaria (art. 1001); a la norma especial de la acción pauliana y de la acción de nulidad en relación a los actos a título gratuito (art. 1235 Co. civ.; art. 707 n° 1 Cod. comm.);

c) que todos los efectos de las obligaciones civiles, en la medida que no se resuelvan en una satisfacción coactiva de la obligación (como sería por ej.: la compensación, la prenda, la hipoteca, el derecho de retención) se extienden a las obligaciones supervenientes al concordato (ej.: novación, confusión, garantía);

d) que la obligación natural la cual permanece después del concordato puede ser causa legítima y suficiente de una obligación civil.¹²⁹

¹²⁹ *“Le cose dette finora ci forniscono altresì una soddisfacente spiegazione della persistenza che noi abbiamo sempre affermato ed affermiamo di una obbligazione naturale a carico del debitore dopo il concordato per il pagamento di ciò che nel concordato è stato rimesso dai creditori. In mezzo alle vive controversie che si sono agitate, non solo sul concetto, ma sulla stessa ammissibilità delle obbligazioni naturali nel nostro diritto positivo, un relativo accordo può dirsi raggiunto tra gli autori intorno ai punti seguenti: L'obbligazione naturale non deve confondersi coi puri doveri morali o di coscienza; essa esiste come una specie particolare di obbligazione e precisamente come una obbligazione civile imperfetta. La imperfezione sta in ciò che da questo rapporto giuridico obbligatorio nasce a favore del creditore un diritto privo di azione, mancante, cioè, di coazione diretta e capace soltanto di coazione indiretta. La forma tipica e principale di coazione indiretta che contraddistingue l'obbligazione naturale è la soluti retentio cioè l'eccezione con la quale il creditore di una obbligazione naturale, spontaneamente soddisfatta, può respingere l'azione del debitore diretta alla restituzione del già pagato quando causa del pagamento sia stato appunto il soddisfacimento della obbligazione naturale.*

Ora se è certo che dopo il concordato i creditori non hanno più azione per ottenere la parte di credito a cui hanno dovuto rinunciare, ciò non significa che, per quella parte, il loro diritto sia totalmente distrutto. L'obbligazione, invece, continua a sussistere come obbligazione naturale, producente diritti indirettamente coercibili. Contro questa deduzione non si può opporre che una obbligazione naturale sopravvivate al concordato deve negarsi, perché in nessun luogo la legge riconosce tale obbligazione nelle sole due forme in cui le è possibile farlo, vale a dire: o col negare l'azione o col dichiarare irripetibile il pagamento. La mancanza di un testo apposito di legge che neghi l'azione o che dichiari la soluti retentio non impedisce che si riconosca l'obbligazione naturale e perciò la validità del pagamento fatto in esecuzione di essa. Come osserva ottimamente il Polacco, possono aversi obbligazioni naturali anche se manca il testo esplicito di legge che le riconosca mediante il diniego dell'azione o l'ammissione della soluti retentio. Un simile criterio distintivo delle obbligazioni naturali – posto rigidamente da alcuni autori, come reazione alle tendenze eccessivamente idealistiche di quella scuola di giureconsulti che cercava il fondamento delle obbligazioni naturali fuori del diritto positivo- si è dimostrato eccessivo non solo, ma in alcuni casi malsicuro e inesatto. Può esservi, infatti, un testo legislativo che neghi

l'azione o accordi la soluti retentio, senza che perciò possa discorrersi di obbligazione naturale. Certo, un criterio generale sicuro e atto a fondare l'obbligazione naturale esclusivamente nel diritto positivo non è facile a rintracciarsi; né ci sembra che quelli dati finora soddisfino pienamente. Noi crediamo che occorra distinguere i casi di obbligazione, i quali, secondo la legge, non possono nascere che come obbligazioni naturali, dai casi di obbligazioni che sono nate come obbligazioni civili, ma che, avendo perduta l'azione, rimangono obbligazioni semplicemente naturali. La prima specie di obbligazioni naturali deve essere voluta espressamente dal legislatore, e ciò perché la regola essendo che da un dato fatto o non nasce obbligazione – perché la legge lo disconosce- o nasce obbligazione civile- quando e perché la legge lo riconosce – il caso di una obbligazione che nasce come obbligazione naturale è eccezionale e quindi di stretta interpretazione. Vi ha costituzione espressa di obbligazione naturale solo quando la legge in modo esplicito riconnette ad un fatto determinato alcuni effetti obbligatori civile (fra cui importantissimo la soluti retentio), ma contemporaneamente nega l'azione (es.: il caso dei debiti di giuoco). Le obbligazioni naturali della seconda categoria non sono che obbligazioni perfette, divenute imperfette per la perdita dell'azione. In questo caso l'obbligazione essendo già sorta, non è necessario che la legge ne riveli l'esistenza riconoscendone alcuni effetti; ma basta risulti che ad una obbligazione perfetta esistente si è tolta l'azione: ciò significa che l'obbligazione perdura come semplice obbligazione naturale. Ora producono perdita dell'azione con persistenza dell'obbligazione tute le così dette cause estintive dell'obbligazione, che non si risolvono in un soddisfacimento dell'obbligazione. L'obbligazione si estingue solo quando essa finisce naturalmente il suo ciclo di esistenza; quando ciò è soddisfatta: il che avviene soltanto col pagamento e con quei modi di estinzione che equivalgono al pagamento (novazione; compensazione, remissione a titolo gratuito; confusione). Quando, invece, l'obbligazione è sorta, ma al creditore è vietato di esercitare il suo diritto, no già perché questo si sia consumato ma per l'intervento di una causa che lo paralizza (p. es.: prescrizione; ingiusta sentenza passata in giudicato; falso giuramento), l'obbligazione, priva dell'azione, persiste come obbligazione imperfetta o naturale. Ogni causa, così detta estintiva della obbligazione, che non consista nella consumazione naturale del diritto del creditore, non ha altro effetto che quello di privare il creditore dell'azione, lasciando sussistere l'obbligazione come obbligazione naturale.

Ora, questo appunto è il caso del concordato. Nel concordato il diritto dei creditori non si consuma, come si consuma, invece, in tutti i modi di estinzione delle obbligazioni che si risolvono in un pagamento. Nel concordato il creditore non estingue l'obbligazione, ma solo, spinto dalla necessità, rinuncia all'azione verso il debitore. La differenza sostanziale tra remissione e concordato giustifica questa conclusione. La remissione è un atto di liberalità: essa implica una donazione che il creditore fa al debitore della cosa dovuta, dichiarandosi soddisfatto; è quindi un modo di estinzione delle obbligazioni che equivale al pagamento. Nel concordato, invece, il creditore non si dichiara per nulla soddisfatto, esso non si spoglia volontariamente dell'oggetto della prestazione, a cui ha diritto, a favore del debitore che resterebbe così liberato, ma si limita a rinunciare all'azione, per ottenere spontaneamente e senza le lungaggini del procedimento esecutivo quello che avrebbe ottenuto esercitando fino all'ultimo l'azione e, possibilmente, qualche cosa di più. La percentuale promessa nel concordato ci rappresenta ciò che avrebbe dato l'azione. È l'azione dunque, e non il diritto, che il creditore perde col concordato. Ecco perché le obbligazioni dopo il concordato persistono come obbligazioni naturali. Questa conclusione, che risulta necessariamente dai caratteri distintivi della obbligazione naturale, è rafforzata da due disposizioni della legge commerciale, le quali, riconoscendo espressamente alle obbligazioni del fallito concordatario taluni effetti giuridici importanti, ne confermano la persistenza come obbligazione imperfetta:

a) Un primo effetto giuridico che la nostra legge riannoda alle obbligazioni del fallito dopo il concordato è quello sancito dagli articoli 839 e 815 Cod. comm. Da questi articoli risulta implicitamente, ma chiaramente, che anche dopo il soddisfacimento da parte del fallito degli obblighi risultanti dal concordato, l'iscrizione nell'albo dei falliti è mantenuta sino al totale pagamento dei crediti ammessi al fallimento, salvo il caso che il tribunale creda il fallito meritevole di particolare riguardo. La legislazione francese possiede una disposizione analoga, ma molto più rigorosa: essa nega al fallito concordatario la riabilitazione, se non abbia integralmente pagato tutti i suoi debiti (Code de commerce, art. 604). Questi effetti giuridici perniciosi per il fallito concordatario, che sopravvivono al concordato, costituiscono vere sanzioni indirette delle obbligazioni comprese nel concordato, alle quali pertanto non si può negare il carattere di obbligazioni imperfette o naturali.

b) La legge mantiene integri i diritti dei creditori contro i fideiussori del fallito che ha stipulato un concordato (art. 792 Cod. comm.). Ma la fideiussione è una obbligazione accessoria la quale presuppone una obbligazione principale (art. 1899 Cod. civ.) e questa non può essere che l'obbligazione naturale sopravvivenute al concordato. È il caso di ripetere per la fideiussione ciò che il giureconsulto romano diceva a proposito del pegno: 'Manet propter pignus naturalis obligatio'.

Para Bonelli *“la parte remitida se extingue civilmente, pero constituye por siempre objeto de obligación natural, por lo tanto el pago voluntario no sería irrepetible”*.¹³⁰

Para Ramella *“por la parte de la deuda remitida no compete a los acreedores ninguna acción o derecho de ejecución. Sobrevive sin embargo una obligación natural, pero no perseguible en juicio”*.¹³¹

Jassuda Bédarride señala que *“pagado que sea el dividendo que ha prometido, no hay más para él, frente a los acreedores, otras cargas que aquellas que su consciencia le impone”*.¹³²

3.6.6.7. Acuerdo único.

Mediante la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014, se reformó el artículo 166 para quedar como sigue:

Artículo 166.- Con la sentencia de aprobación del convenio, se dará por terminado el concurso mercantil y, en consecuencia, dicho convenio y la sentencia que lo aprueba, constituirán el único documento que rija las obligaciones a cargo del Comerciante con respecto a los créditos reconocidos.

A pesar del texto antes reproducido, a nuestra consideración el convenio concursal sigue sin producir efectos novatorios, por los argumentos expuestos en puntos anteriores de esta obra.

Además, es una utopía pensar que el convenio concursal pueda ser el único documento que rija las obligaciones a cargo del comerciante con respecto a los créditos reconocidos. En el convenio concursal se contiene la

Dalla persistenza di una obbligazione naturale a carico del debitore dopo il concordato così amichevole che obbligatorio, deriva:

a) che il debitore non potrà ripetere ciò che avrà pagato senza violenza, dolo o errore, in più della percentuale promessa nel concordato;

b) che il pagamento così fatto in adempimento della obbligazione naturale sarà un atto a titolo oneroso e non una donazione: sarà, perciò, valido anche senza la formalità richiesta dall'art. 1056 Cod. civile per gli atti di donazione; non sarà soggetto alle cause speciali di revoca degli art. 1081 e 1083; alla riducibilità per lesa legittima (art. 1091 e segg.); all'obbligo della collazione (art. 1001); alle norme speciali dell'azione pauliana e dell'azione di nullità riguardo agli atti a titolo gratuito (art. 1235 Cod. civ.; art. 707 n° 1 Cod. comm.);

c) che tutti gli effetti delle obbligazioni civili, purché non si risolvano in un soddisfacimento coattivo della obbligazione (come sarebbe ad es.: la compensazione, il pegno, l'ipoteca, il diritto di ritenzione) si estendono alle obbligazioni sopravvivenenti al concordato (es.: novazione, confusione, fideiussione);

d) che l'obbligazione naturale la quale rimane dopo il concordato può essere causa legittima e sufficiente di una obbligazione civile.” Rocco, Alfredo, *Il concordato ... Cit.*, p. 188.

¹³⁰ *“La parte rimessa è estinta civilmente, ma costituisce pur sempre oggetto di obbligazione naturale, cosicché il pagamento volontario non sarebbe irripetibile”*. Bonelli, Gustavo, *Op. Cit.*, vol. 3, p. 583.

¹³¹ *“Per la parte di debito stata rimessa non compete ai creditori alcuna azione o diritto d'esecuzione. Sopravvive bensì un'obbligazione naturale, ma non perseguibile in giudizio”* Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 264.

¹³² *“payé que soit le dividende qu'il a promis, il n'y a plus pour lui, à l'égard des créanciers, d'autres liens que ceux que sa conscience lui impose”*, Bédarride, Jassuda, *Op. Cit.*, tomo II, p. 134.

quita y la espera, pero no las demás obligaciones pactadas en los contratos que dieron origen a los créditos reconocidos.

Por ejemplo, un acreedor cuyo crédito tenga su origen en un contrato de arrendamiento en donde su arrendatario sea declarado en concurso mercantil. Los términos de las obligaciones propias del contrato de arrendamiento no se van a copiar y pegar en el convenio concursal. En el convenio concursal únicamente se contendrá la quita que respecto al crédito generado con motivo, por ejemplo, de las rentas deberá de sufrir el acreedor arrendador así como su correspondiente espera, en su caso. Pero las obligaciones propias a cargo del arrendatario concursado, propias de todo contrato de arrendamiento, seguirán rigiéndose por el referido contrato y no por el convenio concursal.

Y es que no debe perderse de vista que la declaración de concurso mercantil, por regla general, no altera los términos y condiciones bajo los cuales se obligó el concursado.¹³³ Por lo tanto es jurídicamente imposible que el convenio concursal sea el único documento que rija las obligaciones a cargo del comerciante respecto de los créditos reconocidos. Piénsese en contratos tan complejos, como los bursátiles y operaciones de derivados, los términos y condiciones propios de dichos contratos en nada se asemejan a los términos y condiciones propios de un convenio concursal, cuyo contenido se centra en cuánto se va a pagar y cuándo.

3.6.7. Dación en pago.

¿Puede obligarse a los acreedores no signantes o disidentes del concordato a recibir su pago no en dinero, sino en especie?. Por regla general la dación en pago siempre requiere del consentimiento del acreedor, por tanto *“es aliud pro alio y el deudor no puede obligar a su acreedor a que reciba prestación diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida”*.¹³⁴

Sin embargo, siendo que el concordato concursal es una excepción a la regla general de *res inter alios acta*, también podría existir una excepción a la exigencia del consentimiento del acreedor para la dación en pago y, en consecuencia, obligar a los acreedores disidentes o no signantes del convenio concursal en recibir el bien en pago de sus créditos.

3.6.8. Pago con participaciones de capital social.

El artículo 155 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que en el convenio concursal se puede pactar un aumento al capital social. Dicho capital aumentado podría darse a los acreedores en pago de sus créditos.

Rocco se pronuncia por la afirmativa de pagar a los acreedores disidentes y no signantes con partes del capital social:

¹³³ Artículo 86.- Con las excepciones que señala esta Ley continuarán aplicándose las disposiciones sobre obligaciones y contratos, así como las estipulaciones de las partes.

¹³⁴ Martínez Martínez, María, *Enciclopedia de derecho concursal*, Op. Cit., tomo I, p. 959.

La posibilidad que en el concordato de mayoría se estipule la cesión del activo, nos induce a afirmar también la posibilidad que se convenga la transformación de los créditos en cuotas sociales. Esta combinación puede resultar utilísima a los acreedores, en todos aquellos casos, en los cuales se trata de una empresa fallida por estar gravada de un pasivo muy fuerte, pero destinada, cuando pueda levantarse, a un espléndido y seguro futuro. La experiencia nos muestra cada día que empresas las cuales resultan desastrosas cuando las utilidades deben pagar el capital inicial, se convierten en prosperas y remunerativas, después de liberarse del pasivo. De ahí entonces que los acreedores podrían no sólo salvar sus capitales, sino tal vez también invertirlos útilmente, convirtiéndose en socios de la empresa. Un concordato que conduzca a la constitución de una sociedad entre el quebrado y acreedores, o haga acceder a los acreedores a la sociedad fallida, puede ser, frecuentemente, una solución feliz para los acreedores, para el quebrado y para la economía pública. Un concordato de tal género nos parece muy aceptable. No se trata, en último análisis, que de hacer convertir a los acreedores en copropietarios de la empresa, o sea de cederles parte de la empresa constituyente del activo del deudor. También aquí sin embargo se deben respetar los límites que la naturaleza obligatoria del concordato impone a los contrayentes, y por tanto:

- a) se podrá estipular la transformación de los créditos en cuotas de socios en responsabilidad limitada (se entiende, completamente liberada), nunca en cuota de socios en responsabilidad ilimitada, ya que, en el concordato no se pueden forzar a los no asintientes a asumir obligaciones personales;
- b) se podrá estipular la transformación, cuando la hacienda, desahogada del pasivo, es en grado de retomar fructíferamente sus operaciones, no cuando la empresa no pueda, por falta de activo, retomar el ejercicio con esperanza de éxito. Aceptar en cambio de un crédito una cuota de participación en una empresa irremediamente fracasada, significa renunciar al crédito. Y ello no puede hacerlo la mayoría.¹³⁵

Se podrá obligar a los acreedores a recibir una acción de una sociedad anónima o una participación de una sociedad de responsabilidad limitada, pero nunca de responsabilidad ilimitada, porque ello implicaría que los acreedores asuman las obligaciones de la sociedad respecto de la cual serán socios y *“el concordato no puede endosar a los acreedores asunciones personales de*

¹³⁵ *“La possibilità che nel concordato di maggioranza si stipuli la cessione dell’attivo, ci induce ad affermare anche la possibilità che si convenga la trasformazione dei crediti in quote sociali. Questa combinazione può riuscire utilissima ai creditori, in tutti quei casi, in cui si tratta di una impresa fallita perché gravata da un passivo troppo forte, ma destinata, quando potesse risollevarsi, ad uno splendido e sicuro avvenire. L’esperienza ci mostra ogni giorno che imprese le quali riuscirono disastrose quando i profitti dovevano remunerare il capitale d’impianto, divennero prospere e remunerative, dopo liberatesi del passivo. Ecco adunque che i creditori potrebbero non soltanto salvare i loro capitali, ma forse anche investirli utilmente, divenendo soci dell’impresa. Un concordato che conduca alla costituzione di una società tra fallito e creditori, o faccia accedere i creditori alla società fallita, può essere, non di rado, una soluzione felice per i creditori, per il fallito e per l’economia pubblica. Un concordato di tal genere ci sembra ammissibilissimo. Non si tratta, in ultima analisi, che di far divenire i creditori comproprietari dell’impresa, ossia di cedere loro parte dell’impresa costituente l’attivo del debitore. Anche qui però si debbono rispettare i limiti che la natura obbligatoria del concordato impone ai contraenti, e perciò:*

a) si potrà stipulare la trasformazione dei crediti in quote di soci a responsabilità limitata (s’intende, completamente liberate), non mai in quote di soci a responsabilità illimitata, giacché, nel concordato non si possono costringere i non assenzienti ad assumere obbligazioni personali;

b) si potrà stipulare la trasformazione, quando l’azienda, sgravata del passivo, è in grado di riprendere proficuamente le sue operazioni, non quando l’impresa non possa, per mancanza di attivo, riprendere l’esercizio con speranza di successo. Accettare in cambio de un credito una quota di partecipazione in un’impresa irrimediabilmente fallita, significa rinunciare al credito. E ciò non può fare una deliberazione di maggioranza.” Rocco, Alfredo, *Il concordato Cit.*, p. 404.

obligaciones, pues sería contraria a los fines que aquél se propone de conseguir en beneficio de aquellos".¹³⁶

Thaller se pronuncia en contrario por los siguientes motivos:

el concordato judicial no podrá transformar a los acreedores en socios del quebrado (o, si se trata de una sociedad anónima, en accionistas) ... Esto es verdad sobre todo, si se admite que el concordato ... deja a cada deuda su causa primitiva y no la nova. Los acreedores, para convertirse en socios, deberían sufrir una intervención en sus títulos, lo cual no puede ser.¹³⁷

También Lyon-Caen & Renault se oponen con los siguientes argumentos:

Hay cláusulas que no pueden ser válidamente incluidas sin el consentimiento de todos los acreedores. Tal es la cláusula que transforma a los acreedores en socios del concursado. Hay ahí una inversión exorbitante de título por la cual no se puede aceptar que la mayoría ligue a la minoría.¹³⁸

Las razones para la oposición al pago con participaciones del capital social se fundan en las reglas generales del derecho civil, a saber: que para la dación en pago debe de existir el consentimiento del acreedor. Sin embargo, en el convenio concursal las reglas de derecho civil sufren excepciones, empezando por la más importante en materia contractual, esto es, por la *res inter alios acta*. Por tanto, no existe imposibilidad jurídica para dar en pago, aun a los acreedores disidentes o no signantes del convenio, participaciones del capital social.

3.7. Vinculación del convenio concursal frente a diversos tipos de acreedores.

En los siguientes puntos se analizará la existencia o inexistencia de vinculación del convenio concursal frente a diversos tipos de acreedores que no se mencionan en el artículo 165 de la Ley de Concursos Mercantiles.

3.7.1. El acreedor con garantía real que no signó el convenio concursal.

De una interpretación a contrario sensu de las fracciones III y IV del artículo 165 de la Ley de Concursos Mercantiles podemos advertir que el convenio concursal no obliga al acreedor con garantía real a menos de que suceda alguna de las siguientes dos hipótesis:

¹³⁶ "il concordato non può addossare ai creditori assunzione personale di obbligazioni, che sarebbe contraria ai fini che esso si propone di conseguire a vantaggio di quelli", De Semo, Giordio, *Diritto fallimentare*, Casa Editrice Del Dott. Carlo CYA, Italia, 1948, p. 401.

¹³⁷ "le concordat judiciaire ne pourrait pas transformer les créanciers en associés du failli (ou, s'il s'agit d'une société anonyme, en actionnaires) ... Cela est surtout vrai, si l'on admet que le concordat ... laisse à chaque dette sa cause primitive et ne la nove point. Les créanciers, pour devenir associés, devraient subir une interversion dans leurs titres, ce qui ne saurait être" Thaller, Edmond, *Op. Cit.*, p. 1265.

¹³⁸ "Il est évidemment des clauses qui ne peuvent y être valablement insérées sans le consentement de tous les créanciers. Telle est la clause transformant les créanciers en associés du failli. Il y a là une interversion de titre exorbitante pour laquelle on ne peut comprendre que la majorité lie la minorité" Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VII, p. 570.

- I.- Que el acreedor con garantía real suscriba el convenio.
- II.- Que en el convenio concursal se pacte el pago de sus créditos en los términos previstos por el artículo 158 o 160 de la Ley de Concursos Mercantiles.

En este apartado veremos por qué razón el convenio concursal no obliga al acreedor con garantía real al no actualizarse ninguna de las dos hipótesis antes mencionadas.

Rocco señala a este respecto lo siguiente:

Los acreedores revestidos de una garantía real, prenda, privilegio o hipoteca, no forman parte, como tales, de la masa. Participan sólo por la parte no garantizada de sus créditos.

La exclusión de la masa de los acreedores hipotecarios y privilegiados, cualquiera que sea la naturaleza del privilegio (privilegio mobiliario o inmobiliario, general o especial, o prenda), conduce necesariamente a excluirlos de la deliberación del concordato. El concordato tiene por objeto el transformar la pérdida que respecto de los acreedores se deriva del estado de quiebra, en una renuncia, haciendo así venir a menos el estado de quiebra, y poniendo fin al procedimiento colectivo. Y como dice muy felizmente Thaller, tiene por objeto de fijar el dividendo de la quiebra. Pero la pérdida en la quiebra no es resentida sino por los acreedores quirografarios: los acreedores revestidos de una garantía real, que tienen derecho a ser satisfechos en vía de privilegio sobre la cosa, sobre la cual está constituida la garantía, no resienten alguna pérdida por el estado de quiebra del deudor; o al menos, no la resienten, en cuanto a su crédito es cubierto por la garantía. Ellos por lo tanto, dentro estos límites al menos, son extraños al procedimiento colectivo de quiebra: el procedimiento colectivo, que tiene por base la justa distribución de las pérdidas, no les concierne en lo absoluto: la comunión creada por el mantenimiento de la igualdad, no les comprende. Las deliberaciones, que los órganos de la colectividad toman para reducir al mínimo la pérdida y para repartirla entre los acreedores sobre bases de igualdad, les permanecen extrañas, y no pueden perjudicar sus derechos.¹³⁹

Ramella señala:

Tales acreedores, seguros, en principio, del propio pago a causa de la garantía de la cual están revestidos, no tienen interés directo en participar en un acuerdo que no les concierne, ni derecho por tanto a imponer a una minoría un sacrificio que aquellos no sufren. Admitidos a votar, podría indiferentemente dejarse inducir

¹³⁹ *“I creditori forniti di una garanzia reale, pegno, privilegio o ipoteca, non fanno parte, come tali, della massa. Vi partecipano solo per la parte non garantita dei loro crediti. L’esclusione dalla massa dei creditori ipotecari e privilegiati, qualunque sia la natura del privilegio (privilegio mobiliare o immobiliare, generale o speciale, o pegno), conduce necessariamente ad escluderli dalla deliberazione del concordato. Il concordato ha per iscopo di trasformare la perdita che deriva ai creditori dallo stato di fallimento, in una rinunzia, facendo così venir meno lo stato di fallimento, e ponendo termine alla procedura collettiva. E come dice assai felicemente il Thaller, ha per scopo di fissare il dividendo del fallimento. Ma la perdita nel fallimento non è sentita che dai creditori chirografari: i creditori forniti di una garanzia reale, che hanno diritto ad essere soddisfatti in via di privilegio sulla cosa, sulla quale è costituita la garanzia, non risentono alcuna perdita per lo stato di fallimento del debitore; o almeno, non la risentono, in quanto il loro credito è coperto dalla garanzia. Essi dunque, entro questi limiti almeno, sono estranei alla procedura collettiva di fallimento: il procedimento collettivo, che ha per base l’equa distribuzione delle perdite, non li riguarda affatto: la comunione creata per il mantenimento dell’uguaglianza, non li comprende.”* Rocco, Alfredo, *Il concordato ...* Cit., p. 426.

a consentir un concordato perjudicial a los acreedores comunes, o a rechazar un concordato para ellos ventajoso. Por lo tanto su exclusión al voto.¹⁴⁰

Bravard-Veyrières:

Los acreedores hipotecarios, privilegiados o prendarios. Ellos no pueden participar en la deliberación, ni en el voto del concordato; porque ellos son considerados fuera de la quiebra, al menos en muchos sentidos; por otra parte, ellos no tienen el mismo interés que los otros, puesto que su hipoteca, su privilegio o su derecho de garantía los sitúa bajo un refugio del sacrificio que será consentido en el concordato. Ellos no pueden por tanto concurrir con su voto a imponerle dicho sacrificio a los otros, no sufriendolo ellos mismos.¹⁴¹

Brunetti justifica lo anterior diciendo que *“los acreedores privilegiados y los hipotecarios se encontrarán, por tanto, en una posición favorable, por que han tenido más confianza en las cosas que en la persona del deudor”*.¹⁴²

Y es que, aunque los acreedores con garantía real formen parte de la masa pasiva, *“las deliberaciones, como éstas, que están encaminadas a reducir al mínimo la pérdida, y a repartirla sobre una base de igualdad, evidentemente, no puede interesarles, porque tienen la seguridad (o por lo menos deben tenerla) de ser íntegramente pagados”*.¹⁴³

Concluye Brunetti señalando que el blindaje de los efectos del convenio concursal *“depende del carácter de la garantía, existirá cuando el crédito esté provisto de una garantía real sobre el activo de la quiebra”*.¹⁴⁴

Los acreedores con garantía real no participan en el concordato *“porque su condición particular no los pone en comunidad de intereses con los otros acreedores deliberantes”*.¹⁴⁵

Baird y Jackson justifican que los acreedores con garantía real no tengan, en principio, derecho de votar el convenio *“en virtud de que ese*

¹⁴⁰ *“Siffatti creditori, sicuri, per principio, del proprio soddisfacimento in causa della garanzia di cui sono forniti, non hanno diretto interesse a partecipare ad un accordo che non li riguarda, né diritto quindi ad imporre ad una minoranza un sacrificio cui essi non sottostanno. Ammessi al voto, potrebbero indifferentemente lasciarsi indurre ad acconsentire un concordato pregiudizievole ai creditori comuni, od a respingere un concordato ad essi vantaggioso. Onde l'esclusione loro dal voto”* Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 234.

¹⁴¹ *“Les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis. Ils ne peuvent participer à la délibération, ni au vote du concordat : car ils sont considérés comme étant et restant en dehors de la faillite, au moins à beaucoup d'égards ; d'ailleurs, ils n'ont pas le même intérêt que les autres, puisque leur hypothèque, leur privilège ou leur droit de nantissement les met à l'abri du sacrifice qui sera consenti par le concordat. Ils ne peuvent donc pas concourir par leur vote à imposer ce sacrifice aux autres, en ne le subissant pas eux-mêmes”* Bravard-Veyrieres, *Op. Cit.*, tomo V, p. 377.

¹⁴² Brunetti, Antonio, *Tratado de quiebras*, trad. Joaquín Rodríguez Rodríguez, Porrúa, México, 1945, p. 100.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 308.

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *“car sa condition particulière ne le met pas en communauté d'intérêts avec les autres créanciers délibérants”* Renouard, Augustin-Charles, *Op. Cit.*, tomo II, p. 24.

acreedor no tiene riesgo alguno en la reorganización, no es necesario darle el derecho a votar".¹⁴⁶

José María Moreno explica:

Es necesario, pues, que los acreedores que concurran a la celebración del concordato, estén en una posición idéntica respecto del fallido; porque de lo contrario, los que hubieran obtenido garantías especiales, suficientes para asegurar el pago de sus créditos, impondrían a los demás, desprovistos de esas garantías, una reducción en sus créditos, o condiciones desventajosas de reembolso, mientras ellos quedarían protegidos por una situación especial.¹⁴⁷

Bonelli señala:

La medida se hace para proteger la sinceridad de la votación. De hecho no siendo presumible el sacrificio de una parte del crédito en quien está garantizado sobre bienes del deudor, no sería justo, en el interés de los quirografarios listos a acordar, de computar como disidentes los votos de los acreedores garantizados, que si en cambio se admitiesen éstos a votar sin perjuicio de sus derechos asegurados con el vínculo que tienen con los bienes mismos, la mayoría de los quirografarios en contra del concordato, se encontraría expuesta a convertirse en minoría, a causa de la intromisión de los acreedores cuyo voto nada les cuesta, porque ningún sacrificio les importa.¹⁴⁸

Una razón para justificar lo anterior la encontramos en la opinión de Cuzzi y Cicu, quienes señalan que *"es evidente que los acreedores privilegiados o hipotecarios no tienen en el concordato el mismo interés que los acreedores quirografarios, porque su hipoteca o privilegio los pone al cubierto del sacrificio que se consiente en el mismo concordato"*.¹⁴⁹

La no vinculación del acreedor con garantía real con el convenio concursal, a decir de Joaquín Rodríguez Rodríguez:

... descansa en el hecho de que los acreedores que gozan del mismo tienen derecho a cobrar íntegramente sus créditos, por lo que no hay razón para que se vean obligados a participar en acuerdos relativos a la concesión de quitas o esperas o de dación de pago, que no deben afectarlos.¹⁵⁰

Así, por regla general, el convenio concursal no obliga al acreedor reconocido con garantía real que no hubiera suscrito el mismo, a menos que,

¹⁴⁶ "Because that creditor has no stake in the reorganized venture, there is no need for it to have the right to vote" Baird, Douglas y Jackson, Thomas, *Op. Cit.*, p. 1025.

¹⁴⁷ Moreno, José María, *Op. Cit.*, p. 126-127.

¹⁴⁸ "La misura è disposta a tutela della sincerità della votazione. Infatti non essendo presumibile il sacrificio di una parte del credito in chi è garantito sui beni del debitore, non sarebbe giusto, nell'interesse dei chirografari pronti a concordare, di computare come dissidenti i voti dei creditori garantiti, che se viceversa si ammettessero costoro a votare senza pregiudizio dei diritti assicurati loro dal vincolo che hanno sui beni stessi, la maggioranza dei chirografari avversa al concordato, si troverebbe esposta a divenir minoranza, stante l'intromissione di creditori cui il voto nulla costerebbe, perché ni un sacrificio importerebbe" Bonelli, Gustavo, *Op. Cit.*, vol. 3, p. 81.

¹⁴⁹ Cuzzi, Manuel y Cicu, Antonio, *Derecho comercial, de la quiebra*, trad. Jorge Rodríguez Aime y Santiago Sentís Melendo, EDIAR, Argentin, 1954, tomo 19, vol. II, p. 210.

¹⁵⁰ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Op. Cit.*, p. 315.

como lo señala el artículo 160 de la Ley de Concursos Mercantiles, ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

I.- El convenio contemple el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de la Ley de Concursos Mercantiles.

II.- El convenio contemple el pago del valor de sus garantías. En este último caso, cualquier excedente del adeudo reconocido con respecto al valor de su garantía, será considerado como crédito común y estará sujeto a lo establecido por las reglas del convenio concursal para los acreedores reconocidos comunes.

3.7.1.1. El acreedor con garantía real sobre bienes de tercero.

Surge ahora el problema de determinar si para efectos de la Ley de Concursos Mercantiles puede considerarse como acreedor con garantía real a un acreedor cuya garantía real recaiga sobre bienes que no son propiedad del Comerciante. Esto es, el acreedor cuyo crédito se encuentre garantizado con bienes propiedad de un tercero, ¿puede gozar de los beneficios y particularidades especiales que para los acreedores con garantía real dispone la Ley de Concursos Mercantiles? o ¿el concepto que la Ley de Concursos Mercantiles tiene de un acreedor con garantía real se actualiza únicamente cuando el crédito se encuentra garantizado con un bien propiedad del Comerciante?

En nuestra opinión, el término de acreedor con garantía real únicamente se actualiza cuando el bien objeto de la garantía es propiedad del Comerciante y en caso de que el bien objeto de la garantía no sea propiedad del Comerciante, el acreedor titular de dicho crédito será considerado como un mero acreedor común.

A continuación se interpretará en su individualidad y en su conjunto cada norma jurídica contenida en la Ley de Concursos Mercantiles que se refiere a los acreedores con garantía real.

1.- El término "masa". La fracción V del artículo 4° de la Ley de Concursos Mercantiles señala que para los efectos de dicha Ley, se entiende por masa aquella porción del patrimonio del Comerciante declarado en concurso mercantil integrada por sus bienes y derechos. Es decir, únicamente figura dentro de la masa concursal los bienes propiedad del concursado y queda fuera de la regulación contenida en la Ley de Concursos Mercantiles los bienes que no sean propiedad del concursado pero que sirvan para garantizar una deuda en la que dicho concursado figura como deudor.

2.- La suspensión de toda ejecución o embargo sobre bienes del Comerciante. El artículo 65 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que desde que se dicte la sentencia de concurso mercantil y hasta que termine la etapa de conciliación, no podrá ejecutarse ningún mandamiento de embargo o ejecución contra los bienes y derechos del Comerciante.

En consecuencia, si en un juicio hipotecario o de ejecución de prenda se dicta un mandamiento de ejecución o de embargo contra el bien materia de la garantía propiedad de tercero garante de la deuda a cargo del concursado, desde luego no podrá ser suspendida dicha ejecución, pues no se trata de bienes del concursado.

Como puede advertirse, el artículo 65 de la Ley de Concursos Mercantiles únicamente se refiere a bienes propiedad del concursado y no a bienes que aunque no sean propiedad del concursado sirvan de garantía real para el cumplimiento de una obligación de aquél.

3.- La sustitución de garantías. El último párrafo del artículo 75 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que el conciliador podrá realizar una sustitución de garantías. Debe entenderse que las garantías susceptibles de sustituirse corresponde a aquellas sobre bienes propiedad del concursado, pues el conciliador no puede decidir sobre bienes que no sean propiedad del concursado ya que únicamente cuenta con facultad para vigilar y administrar la masa concursal, más no para decidir sobre bienes que no correspondan al concursado.

De ahí que el término garantía referido en el último párrafo del artículo 75 de la Ley de Concursos Mercantiles se debe de comprender únicamente aquella garantía sobre los bienes propiedad del concursado. Es decir, dentro del término garantía no se comprende aquella garantía otorgada por un tercero sobre bienes de su propiedad para garantizar un adeudo del concursado.

4.- El cómputo de los intereses sobre los créditos con garantía real. El artículo 89 de la Ley de Concursos Mercantiles en sus tres fracciones regula la suspensión de la generación de intereses. En la última fracción el referido artículo señala que en caso de créditos con garantía real únicamente se causarán los intereses ordinarios estipulados en los contratos hasta por el valor de los bienes que los garantizan.

Dicha norma constituye una copia fiel de lo dispuesto por la anterior ley concursal mexicana, específicamente con lo dispuesto por la fracción II del artículo 128 de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos que señalaba que *“desde momento de la declaración de quiebra las deudas del quebrado dejarán de devengar intereses frente a la masa con excepción de los créditos hipotecarios y pignoraticios hasta donde alcance la respectiva garantía”*. Dentro de la exposición de motivos de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos se señaló que la razón legal de lo dispuesto por la fracción II del referido artículo 128 *“es obvia, ya que ... la declaración de quiebra hace que los intereses que pudieran devengarse a partir de la declaración de quiebra, tengan que considerarse como créditos posteriores, que no pueden hacerse efectivos, sobre bienes que han pasado a integrar la masa activa”*.¹⁵¹

Humberto Navarrini señala sobre la suspensión de la generación de intereses en el concurso lo siguiente:

¹⁵¹ Citado en Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Op. Cit.*, p. 116.

la imposibilidad de nuevas obligaciones que afecten al quebrado y vengán a gravar la masa activa, sobre el patrimonio del propio quebrado, como se hallaba en el momento de la declaración de quiebra, legitima la regla que tampoco deben ser tenidos en cuenta los intereses de las deudas del quebrado, que entran en el concepto de obligaciones futuras, de créditos posteriores.¹⁵²

Interpretando la fracción III del artículo 89 de la Ley de Concursos Mercantiles junto con la razón legal de la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos así como a la doctrina antes citada, podemos concluir que la suspensión de intereses a partir de la declaración de concurso mercantil se debe a que sería innecesariamente gravoso que se generen nuevos créditos a cargo de los bienes que conforman la masa concursal, con la salvedad de los bienes propiedad del concursado que sirvan de garantía real para determinado crédito, sobre los cuales continuarán causándose intereses hasta por el valor de dichos bienes.

Es decir, la suspensión de intereses a partir de la declaración de concurso mercantil tiene como finalidad el proteger la masa concursal, a menos que uno de los bienes pertenecientes a la masa concursal, esto es propiedad del concursado, se encuentre gravado como garantía de un crédito, hipótesis en la cual la suspensión de intereses no operaría sino hasta por el valor del bien gravado propiedad del concursado.

De lo anterior se advierte otro motivo más para considerar que los acreedores con garantía real a los que se hace referencia en la Ley de Concursos Mercantiles son únicamente aquellos cuyos créditos se encuentran garantizados con bienes propiedad del concursado, pues no tendría razón de ser que la suspensión de intereses provocada por la declaración de concurso mercantil del comerciante beneficie a bienes que no sean de su propiedad sino propiedad de su garante hipotecario o prendario.

5.- La presunción de actos en fraude de acreedores. La fracción I del artículo 115 de la Ley de Concursos Mercantiles señala que los acreedores con garantía real que obtengan la constitución de su garantía a partir de la fecha de retroacción fijada por la sentencia de concurso mercantil perderán dicha garantía si la obligación garantizada no contemplaba dicha garantía.

Dicha disposición desde luego debe de ser interpretada respecto de los acreedores garantizados con bienes propiedad del comerciante, puesto que en nada afecta a la masa que una obligación a cargo del propio comerciante sea garantizada con bien alguno propiedad de un tercero.

De nueva cuenta tenemos que la Ley de Concursos Mercantiles al referirse a los acreedores con garantía real y a la constitución de dichas garantías, únicamente toma en cuenta o comprende a las garantías y los acreedores garantizados sobre bienes propiedad del Comerciante.

¹⁵² Navarrini, Humberto, *Op. Cit.*, p. 147.

6.- Permisi3n para iniciar o continuar con la ejecuci3n de las garant3as de los acreedores con garant3a real. El art3culo 160 de la Ley de Concursos Mercantiles se1ala que aquellos acreedores con garant3a real que no haya participado en el convenio que se suscriban, podr3n iniciar o continuar con la ejecuci3n de sus garant3as, a menos que el convenio contemple el pago de sus cr3ditos o el pago del valor de su garant3a. Esta disposici3n guarda congruencia con lo establecido por el art3culo 65 de la misma Ley que se1ala que desde que se dicte la sentencia de concurso mercantil y hasta que termine la etapa de conciliaci3n, no podr3 ejecutarse ning3n mandamiento de embargo o ejecuci3n contra los bienes y derechos del comerciante.

Ahora bien, tanto el art3culo 160 como el 65 de la Ley de Concursos Mercantiles 3nicamente aplican para aquellos acreedores con garant3a real cuyos bienes garantizados sean propiedad del concursado. Ello es as3, pues vana ser3a la permisi3n de iniciar o continuar con la ejecuci3n de las garant3as cuya materia sean bienes propiedad de personas distintas del concursado cuando sobre de ellas y sus bienes no existe la prohibici3n de ejecutar mandamiento de embargo o ejecuci3n.

Una vez realizada la interpretaci3n sistem3tica de la Ley de Concursos Mercantiles, conviene ahora acudir a la doctrina concursal que aborda este tema bajo el t3pico de terceros garantes y en donde se pondera qu3 calidad se le debe de otorgar al acreedor cuyo cr3dito fue garantizado con bienes que no son propiedad del concursado, sino por un tercero.

Cuzziari y Cicu llegan a la conclusi3n de que tomando en consideraci3n que la legislaci3n concursal s3lo se ocupa de acreedores y de sus derechos con relaci3n a la persona y bienes del concursado, en el concepto que la legislaci3n concursal tiene de un acreedor con garant3a real s3lo puede comprenderse aquel acreedor cuya garant3a recae sobre bienes propiedad del concursado. Se cita a continuaci3n su opini3n:

873. Acreedores con garant3a sobre bienes de terceros.

La disposici3n de este art3culo ¿es aplicable al acreedor del fallido cuya garant3a real recae sobre bienes propiedad de terceros?

La cuesti3n ha sido discutida. Para sostener la soluci3n afirmativa se aduce: 1º Que el texto de la ley no distingue seg3n que los bienes gravados por la hipoteca o el privilegio pertenezcan al fallido o a un tercero; 2º Que el motivo de la disposici3n que examinamos es que el acreedor hipotecario o privilegiado acordar3a o negar3a demasiado f3cilmente una disminuci3n cuyos efectos no experimentan, y esa raz3n existe aunque los bienes se hayan constituido en garant3a por un tercero.

Pero nos parece m3s atendibles los argumentos que apoyan la tesis opuesta. En realidad en todas las disposiciones que preceden al art. 834, el c3digo s3lo se ocupa de acreedores y de sus derechos con relaci3n a la persona y bienes del fallido, y en ese sentido se desarrollan la secci3n 1ª del Cap3tulo II titulada: De los acreedores con prenda u otro privilegio sobre bienes muebles, y la secci3n 2ª titulada: De los acreedores privilegiados e hipotecarios sobre bienes inmuebles. No es dudoso que incluso en el art. 834 no se contemplan los acreedores garantizados con bienes del fallido, puesto que se equiparan a los quirografarios si renuncian a la cauci3n, y no ser3a razonable que el legislador con esta renuncia protegiese intereses de terceros extra1os a la masa. Por 3ltimo no tiene valor la objecci3n de que el acreedor garantizado, aunque lo sea con bienes de terceros, no tiene en el concordato un inter3s igual al de los quirografarios, pues el argumento

podría aducirse también en perjuicio de los acreedores garantizados por un fiador, mientras que todos los autores concuerdan en sostener que no puede aplicarse por analogía la disposición excepcional que estamos examinando.¹⁵³

Antonio Brunetti señala que el trato diferenciado que se les da a los acreedores con garantía real en los concursos mercantiles obedece a lo siguiente:

... los acreedores privilegiados y los hipotecarios se encontrarán, por tanto, en una posición favorable, por que han tenido más confianza en las cosas que en la persona del deudor.¹⁵⁴

(y que el blindaje a los acreedores con garantía real) ... depende del carácter de la garantía, (y) existirá cuando el crédito esté provisto de una garantía real sobre el activo de la quiebra.¹⁵⁵

Una vez que Rocco explica por qué a los acreedores con garantía real no les vincula el convenio de mayoría, formula el principio relativo a que *“el acreedor privilegiado o hipotecario es excluido de la masa y por tanto del concordato, en cuanto su crédito sea revestido de una garantía real sobre el activo del quebrado”*¹⁵⁶ y a partir de dicho principio concluye lo siguiente:

Si la garantía real no ha sido concedida por el quebrado, sino por un tercero, el acreedor tiene derecho de votar en el concordato, a pesar de la garantía. El acreedor garantizado con prenda o hipoteca concedida por un tercero, no tiene algún derecho de preferencia sobre los bienes del quebrado. Debe ser por tanto necesariamente considerado como acreedor quirografario en la quiebra. Cuando la ley habla de acreedores hipotecarios o privilegiados, entiende siempre a los acreedores en tal modo garantizados en los bienes del quebrado.¹⁵⁷

Casadío señala que si el bien gravado pertenece a un tercero, le corresponderá al acreedor la calidad de un acreedor común o quirografario, ya que el concursado no fue quien le revistió el carácter de acreedor hipotecario atendiendo a que el patrimonio del concursado no fue afectado singularmente al cumplimiento del crédito. Dicha opinión se cita a continuación:

Atento a que el bien hipotecado pertenece a un tercero, corresponderá verificar el crédito insinuado como quirografario; ello es así, por cuando el deudor nunca revistió el carácter de acreedor hipotecario. Y no existe en el patrimonio en ejecución ningún inmueble afectado singularmente al cumplimiento del crédito. La

¹⁵³ Cuzzi, Manuel y Cicu, Antonio, *Op. Cit.*, tomo 19, vol II, 1954. p 212.

¹⁵⁴ Brunetti, Antonio, *Op. Cit.*, p. 100.

¹⁵⁵ *Ibid*, p. 308.

¹⁵⁶ *“Il creditore privilegiato od ipotecario è escluso dalla massa e perciò dal concordato, in quanto il suo credito è fornito di una garanzia reale sull’attivo del fallimento”* Rocco, Alfredo, *Il concordato ... Cit.*, p. 429.

¹⁵⁷ *“Se la garanzia reale non è stata concessa dal fallito, ma da un terzo, il creditore ha diritto di votare il concordato, malgrado la garanzia. Il creditore garantito con pegno o ipoteca conceduti da un terzo, non ha alcun diritto di preferenza sui beni del fallito. Deve essere perciò necessariamente considerato come creditore chirografario nel fallimento. Quando la legge parla di creditori ipotecari o privilegiati, intende sempre di creditori in tal modo garantiti nei beni del fallito.”* *Ibid.*, p. 429.

jurisprudencia ha expresado al respecto que el deudor hipotecario no puede ser otro que quien asumió a obligación hipotecaria.¹⁵⁸

Ramella señala:

... para los acreedores con hipoteca o privilegio sobre bienes de no pertenencia del quebrado. En las normas sobre la votación del concordato no se habla sino de los derechos de los acreedores respecto a la persona y bienes del quebrado. Si la garantía real es constituida por un tercero sobre bienes propios, la participación en el concordato no traerá ninguna pérdida. La masa no puede prevalerse de lo dispuesto en el art. 834 si no por esta que, con la pérdida de la hipoteca o prenda, el activo de la quiebra viene beneficiado de su equivalente; pero, si la garantía emana de un tercero, esto no es posible y ningún interés por lo tanto tiene la masa a que el acreedor pierda su garantía.¹⁵⁹

Lyon-Caen & Renault llegan a la conclusión de que se le debe de dar el grado de acreedor común al preguntarse qué pasa con el acreedor con garantía real que suscribe el convenio concursal. Sus argumentos son los siguientes:

El art. 508 se aplica al caso en el cual la hipoteca o el privilegio grava un inmueble perteneciente al quebrado. Pero debe dicho artículo regir el caso donde el inmueble gravado pertenece a un tercero?. Se ha admitido que el art. 508 debe ser restringido al caso donde sea un inmueble del quebrado el que está gravado y no un inmueble perteneciente a un tercero. Se funda sobre todo en que, dentro de las disposiciones que preceden el art. 508, como las secciones II y III del capítulo VII, se tratan de los derechos de los acreedores en relación a la persona y a los bienes del quebrado. En un sentido del todo opuesto, se ha sostenido que el art. 508 debe recibir su aplicación también en el caso donde el bien gravado de privilegio o de una hipoteca pertenezca a un tercero. El tercero adquirente del inmueble hipotecado, se dice, si la hipoteca subsistiese, tendría un derecho de garantía a ejercitar contra la quiebra. Es imposible que se admita a la vez por la totalidad en las operaciones de la quiebra al acreedor y al tercero que le debe resarcir. Ninguno de estos dos sistemas absolutos debe ser admitido. Una distinción debe ser hecha. Si se trata de una hipoteca constituida por un tercero sobre su inmueble, no vemos cómo el voto del acreedor en el concordato de su deudor lo privaría de dicha hipoteca. El acreedor teniendo una garantía no pierde el beneficio de garantía votando en el concordato. No hay ahí, en realidad, según la expresión consagrada, sino una garantía real. En contrario, si se trata de una hipoteca que grava un inmueble que ha pasado a las manos de un tercero adquirente, el art. 508 debe ser aplicado cuando el tercero puede recurrir en garantía contra la quiebra en razón del derecho de persecución ejercitado contra él.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Casadío Martínez, Claudio Alfredo, *Créditos con garantía real en los concursos*, Astrea, Argentina, 2004, p. 324.

¹⁵⁹ “*pei creditori con ipoteca o privilegio su beni non di spettanza del fallito. Nelle norme sulla votazione del concordato non è parola che dei diritti dei creditori rispetto alla persona e bensì del fallito. Se la reale garanzia è costituita da un terzo sui propri beni, la partecipazione al concordato non porterà alcuna perdita. La massa non può prevalersi del disposto dell’art. 834 se non per ciò che, colla perdita dell’ipoteca o pegno, l’attivo del fallimento viene avvantaggiato del loro equivalente; ma, se la garanzia emana da un terzo, ciò non è possibile e niun interesse quindi ha la massa a che il creditore decada dalla sua garanzia*” Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 236.

¹⁶⁰ “*L’art. 508 s’applique au cas dans lequel l’hypothèque ou le privilège grève un immeuble appartenant au failli. Mais doit-il aussi régir le cas où l’immeuble grevé appartient à un tiers ? On a admis que l’art. 508 doit être restreint au cas où c’est un immeuble du failli qui est grevé et non pas un immeuble appartenant à un tiers. On se fonde surtout sur ce que, dans les dispositions qui précèdent l’art. 508, comme dans les sections II et III du chapitre VII, il n’est question des droits des créanciers que par*

Para Bonelli:

Si estos bienes así vinculados son de un tercero coobligado también con el quebrado por lo tanto la garantía real se refiere a su obligación personal, la cual permanece íntegra también en presencia de un concordato (art. 792), el art. está fuera de aplicación: por ejemplo el acreedor social que tiene garantía sobre el bien de un socio. Pero no debe decirse de otro modo si también la garantía real fue dada por un tercero sin obligación personal, o si esa grava al tercero poseedor que adquirió el bien hipotecado del deudor sin asumir la deuda, porque en cada caso no se tiene un acreedor hipotecario de frente a la quiebra.¹⁶¹

El acreedor con garantía real sobre un bien de tercero se encuentra frente a dos relaciones jurídicas, la primera frente al concursado y la segunda frente al propietario del bien dado en garantía. Si el bien fuera del concursado, se tendría sabría preventivamente si dicho acreedor sería satisfecho en su crédito hasta por el valor del bien dado en garantía y por ende, no tendría derecho a votar en el concordato, sin embargo, cuando el bien no es propiedad del concursado sino de un tercero, no se podría saber lo anterior y por tanto dicho acreedor debe de considerarse como quirografario y no como acreedor con garantía real. Así lo explica también Guariglia:

Y no están excluidos del ejercicio de un tal derecho (derecho de voto) aquellos que están revestidos no de una garantía real sino personal, que tienen, es decir, de coobligados, faltando para estos últimos la razón por la cual la ley ha excluido a los acreedores revestidos de garantía real. En efecto, para éstos últimos puede saberse preventivamente si serán o no pagados ... pero para los otros no puede saberse con anticipación si se recibirá algo de la excusión de coobligado.¹⁶²

rapport à la personne et aux biens du failli. Dans un sens tout opposé, on a soutenu que l'art. 508 doit recevoir son application même au cas où le bien grevé du privilège ou d'une hypothèque appartient à un tiers. Le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué, dit-on, si l'hypothèque subsistait, aurait un recours en garantie à exercer contre la faillite. Il est impossible qu'on admette à la fois pour la totalité aux opérations de la faillite le créancier et le tiers qui doit le désintéresser. Aucun de ces deux systèmes absolus ne doit être admis. Une distinction doit être faite. S'il s'agit d'une hypothèque constituée par un tiers sur son immeuble, on ne voit pas comment le vote du créancier au concordat de son débiteur le priverait de cette hypothèque. Le créancier ayant une caution ne perd pas le bénéfice du cautionnement en votant au concordat. Il n'y a là, en réalité, selon l'expression consacrée, qu'un cautionnement réel. Au contraire, s'il s'agit d'une hypothèque grevant un immeuble qui a passé entre les mains d'un tiers acquéreur, l'art. 508 doit être appliqué lorsque le tiers peut recourir en garantie contre la faillite à raison du droit de suite exercé contre lui" Lyon-Caen & Renault, Op. Cit., tomo VII, p. 545.

¹⁶¹ *"Se questi beni così vincolati sono di un terzo coobbligato insieme col fallito sicchè la garanzia reale si riferisce alla sua coobbligazione personale, la quale rimane integra anche in presenza di un concordato (art. 792), l'art. è fuori di applicazione: p.e. creditore sociale che ha garanzia sui beni d'un socio. Ma non deve dirsi diversamente se anche la garanzia reale fu data da un terzo senza obbligazione personale, o se essa grava il terzo possessore che acquistò il fondo ipotecario dal debitore senza accollarsi il debito, poichè in ogni caso non si ha mai un creditore ipotecario di fronte al fallimento" Bonelli, Gustavo, Op. Cit., vol. III, p 82.*

¹⁶² *"E non sono esclusi nemmeno dall'esercizio di un tal diritto coloro, che sono forniti non di una garanzia reale ma solo personale, che hanno, cioè, dei fideiussori, mancando per costoro la ragione, per cui la legge ha escluso i creditori muniti di garanzia reale. In fatti, per questi ultimi può sapersi preventivamente, se saranno o no pagati ... ma per gli altri non puossi sapere con anticipazione, se si ricaverà qualche cosa dalla escussione dei fideiussori", Guariglia, Alfonso, Il concordato nel diritto italiano e straniero, Luigi Pierro, Editore, Italia, 1892, p. 197.*

(el derecho de voto) puede ejercerlo aquel que tenga prenda, privilegio o hipoteca no sobre bienes del quebrado, sino sobre bienes de otros que prestaron garantía a éste. La ley contempla sólo el caso que los bienes que garantizan la obligación sean del quebrado, caso contrario, ningún motivo se tendría para negar el voto del acreedor. Ni puede decirse que concurriendo aquí la misma razón, por la cual la ley ha excluido del voto a los acreedores garantizados sobre bienes del quebrado, debiera entenderse por analogía tal exclusión a los acreedores en comento. Las leyes restrictivas de derechos no pueden aplicarse por analogía, y por tanto no pueden comprender sino aquellos casos ahí expresamente contemplados.¹⁶³

Pero para Candian el acreedor con garantía real sobre bienes de tercero debe de observar las mismas reglas que el acreedor con garantía real sobre bienes del concursado y por tanto estar excluido del voto pues en ambos casos no se estaría en presencia de un voto sincero:

No se computan, para formar la mayoría necesaria para lograr un voto adhesivo válido, los votos de los acreedores con prenda, hipoteca u otro privilegio si los acreedores no renuncian a la prenda etc. (art. 834 pr. cod. comm.).

Se discute si sea comprendido en esta categoría aquél que tiene hipoteca o prenda sobre bienes de un tercero. Me parece que si el concepto de la ley es aquel de impedir que un acreedor libre de la observación de la deliberación concorra viceversa a crear a cargo de otros el vínculo que de ella deriva, que, es decir, un acreedor inmune a la pérdida o a la dilación o de ambas tenga el poder de cooperar a imponerles a los otros, quien es privilegiado también sobre bienes de otros deba ser excluido del voto. el hecho es que, sea incluso sobre bienes de un tercero, el acreedor de que se trata tiene una garantía real y sin embargo concurriría a crear un voto coercitivo para los otros sin sufrir las consecuencias él mismo. Concluyo que hay también otras disposiciones de ley dirigidas a asegurar que el voto sea sincero, es decir sea la expresión genuina de la apreciación de cada votante en torno a la mejor tutela de los intereses en juego.¹⁶⁴

3.7.2. Acreedores condicionales.

¹⁶³ “... può esercitarlo colui, che vanta pegno, privilegio od ipoteca non sui beni dall fallito, ma sui beni di altri che prestarono garanzie per costui. La legge contempla solo il caso, che i beni, che garentiscono l'obbligazione, sieno del fallito, venuta meno questa condizione, niun motivo avvi più per negare il voto al creditore. Nè può dirsi, che concorrendo qui la stessa ragione, per cui la legge ha esclusi dal voto i creditori garentiti sui beni del fallito, dovrebbe estendersi per analogia tal divieto anche ai creditori in parola. La leggi restrittive di diritti non possono applicarsi per analogia, e quindi non possono comprendere, che quei casi in esse espressamente contemplati”, *Ibid.*, p. 198.

¹⁶⁴ “Non si computano, per formare la maggioranza necessaria allo scopo di un valido voto adesivo, i voti dei creditori con pegno, ipoteca o altro privilegio se i creditori non rinunciano al pegno ecc. (art. 834 pr. cod. comm.).

Si discute se sia compreso in questa categoria colui che ha ipoteca o pegno sui beni di un terzo. A me pare che se il concetto della legge è quello di impedire che un creditore esente dall'osservanza della deliberazione concorra viceversa a creare a carico d'altri il vincolo che da essa deriva, che cioè un creditore immune dalla falcidia o dalla dilazione o da ambedue abbia il potere di cooperare ad imporle agli altri, chi è privilegiato anche su beni altrui debba essere escluso dal voto. il fatto è che, sia pure sui beni di un terzo, il creditore di cui si tratta ha una garanzia reale e però concorrerebbe a creare un voto coercitivo per altri senza subirne le conseguenze egli stesso. Aggiungo che ci sono anche altre disposizioni di legge dirette ad assicurare che il voto sia sincero, sia cioè l'espressione genuina dell'apprezzamento di ciascun votante intorno alla miglior tutela dell'interesse in giuoco” Aurelio, Candian, *Il processo di fallimento*, Cit., p. 474.

Si los efectos del convenio concursal únicamente pueden ser aprovechados por el concursado y no por su deudor solidario, fiador, garante, etcétera y si éstos últimos tienen un crédito de regreso en contra del deudor principal en caso de que paguen el crédito, entonces deberían de figurar como acreedores del deudor principal. A continuación se abordará el estudio sobre los acreedores condicionales en el convenio concursal.

Bonelli respecto a los acreedores condicionales señala lo siguiente:

El crédito condicional participa de la naturaleza del crédito a término (especialmente a tiempo indeterminado, porque éste está siempre comprendido en la condición) y de aquella del crédito futuro. Difiere del crédito a término, porque la existencia del crédito es incierta, y es la certeza del crédito aquella que, en el caso del término, confiere al acreedor un cierto derecho natural al pago, del cual un efecto normal es la inadmisibilidad de la *condictio indebiti*. El concurso no puede hacer abandonar al acreedor condicional su posición incierta, por lo tanto, aquél no tiene derecho de obtener ciertamente el dividendo como el acreedor a término. Pero de otra parte también él tiene por sí, como el acreedor a término, y a diferencia del acreedor futuro, un vínculo actual sobre el patrimonio, por efecto del cual es necesario que sea admitido al concurso, incluso conservando en él aquella misma posición eventual que tenía antes. Esto importa que él tome parte a los actos procesales y participe también a la asignación del dividendo, porque todo aquello es indispensable para la conservación de sus derechos, y el acreedor puede, antes de que sea verificada la condición, ejercitar todos los actos que tiendan a conservar sus derechos.¹⁶⁵

Y son créditos condicionales, los garantes del concursado, así lo explica Bonelli:

El crédito del garante hacia el deudor principal por el regreso es un crédito eventual, subordinado a la condición *juris* (más un crédito futuro que uno condicional) que, sobre la instancia del acreedor, que haya pagado por él. No obstante el garante tiene por ley (art. 1919 c.civ.) el derecho, exista o no un término vencido en la deuda principal, de insinuar su crédito en la quiebra del deudor, y concurrir con ello al reparto, como los otros acreedores. Esto se entiende sin embargo cuando no concurra el acreedor (art. 790 copv). En buena regla aquél, garante, podría permanecer en paz y dejar actuar al acreedor, salvo a suplir el propio, por razón de que estos no fueren exitosos en obtener del quebrado: pero si el acreedor, seguro de la solvencia del garante, no se mueve, los bienes del deudor principal pueden desaparecer en manos de los otros acreedores y hacer inútil su futura acción de regreso. Por esta hipótesis le es dado al garante el derecho de asegurar anticipadamente la unidad de su regreso,

¹⁶⁵ “Il credito condizionale partecipa della natura del credito a termine (specie a tempo indeterminato, poiché questo è sempre racchiuse nella condizione) e di quella del credito futuro. Differisce dal credito a termine, perché l'esistenza del credito è incerta, ed è la certezza del credito quella che, nel caso del termine, conferisce al creditore un certo diritto naturale al pagamento, di cui un effetto normale è l'inammissibilità della *condictio indebiti*. Il concorso non può far abbandonare al creditore condizionale la sua posizione incerta, quindi egli non ha diritto di incassare senz'altro il dividendo come il creditore a termine. Ma d'altra parte anch'esso ha per sé, come il creditore a termine, e a differenza del creditore futuro, un vincolo attuale sul patrimonio, per effetto del quale è necessario che sia ammesso al concorso, pur serbando in esso quella stessa posizione eventuale che aveva prima. Ciò importa che egli prenda parte agli atti procedurali e partecipi anche all'assegnazione del dividendo, poiché tutto ciò è indispensabile alla conservazione dei suoi diritti, e 'il creditor può prima che siasi verificata la condizione esercitare tutti gli atti che tendono a conservare i suoi diritti' (art. 1171 Cod. Civ.)” Bonelli, Gustavo, *Op. Cit.*, vol. I, p. 698.

presentándose en lugar del acreedor. Pero si éste produce el crédito en la quiebra, el garante no puede sino retirarse (infra 587 nota 14). Que si el acreedor actúa en contra de ambos, y el garante paga en todo o en parte la deuda, entonces éste concurre en la quiebra por aquello que ha pagado (pero no por los intereses vencidos después de la declaración de quiebra, supra 311), pero no podría pretender valerse del art. 1919 para insinuar el crédito de la cantidad remitida por el dividendo asignado al acreedor en la quiebra, porque cada crédito no tiene derecho en completo a más de un dividendo (infra a los art. 788 y sig).¹⁶⁶

Crédito eventual y no todavía efectivamente existente al momento de la quiebra del deudor principal es por sí mismo también el crédito del garante. No obstante la ley admite a éste a ejercitar su acción de regreso incluso antes de haber pagado, contra el deudor quebrado (art. 1919 Cod. civ.); pero esto debe entenderse en lugar del acreedor (supra 325) (14 bis). Cualquiera de los dos insinúa (y si incluso insinúan ambos) el crédito es computado una sola vez, y el dividendo va en provecho del acreedor, hasta el momento que sea enteramente pagado, del garante después de este momento (infra 635, 636, 639). Si insinúa sólo el garante, sin haber pagado (supra 325), va considerado a la misma manera que un crédito condicional, no acompañado, del derecho de recuperación inmediata, sino de una provisión del dividendo, hasta lo que no resulte del pago por él efectuado. Cuanto es dicho para el garante vale para cualquiera acreedor de regreso. Pero el codeudor, incluso solidario, no puede naturalmente insinuarse en el pasivo del codeudor, sino por la cuota de la deuda, por la cual tendría el regreso en caso de pago.¹⁶⁷

Anteriormente a la quiebra pueden existir más titulares *in solidum* del mismo crédito. Los coacreedores solidarios constituyen entre ellos un consorcio legal en fuerza de la cual cualquiera de ellos se presenta como representante de los otros, y la insinuación de uno beneficia también a los otros. A todos les corresponde los

¹⁶⁶ “Il credito del fideiussore verso il debitore principale per il regresso è un credito eventuale, subordinato alla condizione juris (più credito futuro perciò che condizionale) che sull’istanza del creditore egli abbia pagato per lui. Tuttavia il fideiussore ha dalla legge (art. 1919 c.civ.) il diritto, vi sia o no un termine di scadenza nel debito principale, d’insinuare questo suo credito nel fallimento del debitore, e concorrere con esso al riparto, come gli altri creditori. Ciò s’intende però quando non concorra il creditore (arg. Art. 790 copov). In buona regola egli, fideiussore, potrebbe starsene in pace e lasciar agire il creditore, salvo a supplire del proprio, per ciò che questi non fosse riuscito a prendere dal fallito: ma se il creditore, sicuro della solvibilità del fideiussore, non si muove, i beni del debitore principale possono sfumare in mano agli altri creditori e rendere inutile la sua futura azione di regresso. Per questa ipotesi è dato al fideiussore il diritto di assicurare anticipatamente l’unità del suo regresso, presentandosi in luogo del creditore. Ma se questi produce il credito nel fallimento, il fideiussore non ha che a ritirarsi (infra 587 nota 14). Che se il creditore agisce contro entrambi, e il fideiussore paga in tutto o in parte il debito, allora egli concorre nel fallimento per ciò che ha pagato (ma non per gl’interessi decorsi dopo il fallimento, supra 311), ma non potrebbe pretendere di valersi dell’art. 1919 per insinuare il credito della somma rimasta scoperta dal dividendo toccato al creditore nel fallimento, poiché ogni credito non ha diritto in complesso a più d’un dividendo (infra agli art. 788 e seg.)” *Ibid.*, vol. I, p. 707.

¹⁶⁷ “Credito eventuale e non ancora effettivamente esistente al momento del fallimento del debitore principale è per sé stesso anche il credito del fideiussore. Tuttavia la legge ammette questo ad esercitare la sua azione di regresso, anche prima d’aver pagato, contro il debitore fallito (art. 1919 Cod. civ.); ma ciò deve intendersi in luogo e vece del creditore (supra 325) (14 bis). Chiunque dei due insinui (e se anche insinuano entrambi) il credito è computato una volta sola, e il dividendo va a profitto del creditore, fino al momento che sia interamente soddisfatto, del fideiussore dopo questo momento (infra 635, 636, 639). Se insinua il solo fideiussore, senza aver pagato (supra 325), va considerato alla stregua d’un credito condizionale, non accompagnato, cioè, dal diritto di esazione immediata, ma bensì da quello di accantonamento del dividendo, fino a che non risulti del pagamento da lui effettuato. Quanto è detto pel fideiussore vale per ogni altro creditore di regresso. Ma il coobbligato, anche solidale, non può naturalmente insinuarsi nel passivo del coobbligato, se non per la quota di debito, per la quale avrebbe il regresso in caso di pagamento” *Ibid.*, vol. 2, p. 321.

derechos individuales. Pero entre estos se requiere distinguir aquellos que admiten de aquellos que no admiten concurrencia; estos últimos no pueden ser ejercitados sino por una sola persona por todos, tal es el derecho de voto: no pueden admitirse más personas a votar por un crédito. Este derecho corresponde regularmente al acreedor insinuado, pero si en su lugar se presenta el coacreedor *in solidum*, en fuerza del tácito recíproco mandato que existe entre ellos, éste tiene derecho de ser reconocido como votante. Por lo tanto este puede controvertir los otros créditos y responder la controversia de los otros contra el crédito que éste posee *in solidum* con el acreedor insinuado. Al acreedor de regreso compete los mismos derechos, pero en el sólo caso que el acreedor principal no sea insinuado, de otro modo es éste el único dueño del crédito y de los derechos que derivan de la quiebra.¹⁶⁸

Pero Rocco, en oposición a Bonelli, señala lo siguiente:

Los codeudores o garantes del quebrado se han querido considerar como acreedores condicionales, cuya condición (no pago por parte del deudor quebrado), se verificó con la declaración de quiebra. Y por tanto se han admitido definitivamente al voto para el concordato. Tampoco a esta conclusión podemos adherirnos. Si incluso los codeudores y garantes pueden considerarse acreedores condicionales, dicha condición, a la cual es sujeto su crédito contra el quebrado, no se verifica con la declaración de quiebra: sino que se verifica sólo con el pago, porque el regreso contra el deudor principal es concedido sólo al codeudor y al garante que paga.¹⁶⁹

Mercedes Zubiri de Salinas señala lo siguiente:

Los créditos bajo una condición suspensiva lo que poseen es una mera expectativa de derecho que podrá consolidarse o no, pero que en el momento de la declaración del concurso no titula ningún derecho ni otorga pretensión patrimonial alguna.

... ..

Las condiciones suspensivas pueden ser de origen legal o convencional. Las de origen legal son frecuentes en los casos de ejercicio de la acción de regreso de un fiador avalista, socio personalista que responde ilimitada y subsidiariamente o el que responde en vía de regreso cambiario. Estos créditos existen frente al deudor principal (declarado en concurso) desde el momento en que se constituye la relación obligatoria, pero no son exigibles hasta el momento en que el garante hace frente al pago del crédito asegurado. La hipótesis de que estos deudores

¹⁶⁸ “Anteriormente al fallimento possono esistere più investiti in solidum dello stesso credito. I concreditori solidali costituiscono tra loro un consorzio legale in forza di cui ciascuno di essi si presenta come rappresentante degli altri, e l’insinuazione di uno giova anche agli altri. A tutti spettano i diritti individuali. Ma tra questi bisogna distinguere quelli che ammettono da quelli che non ammettono concorrenza; questi ultimi non possono essere esercitati che da una sola persona per tutti, tal è il diritto di voto: non possono ammettersi più persone a votare per un credito. Questo diritto spetta regolarmente al creditore insinuato, ma se in luogo suo si presenta il concreditore in solidum, in forza del tacito reciproco mandato che esiste tra loro, egli ha diritto di esser riconosciuto come votante. Così egli può contestare i crediti altrui e sostenere le contestazioni di altri contro il credito ch’egli possiede in solido col creditore insinuato. Al creditore di regresso competono gli stessi diritti, ma nel solo caso che il creditore principale non siasi insinuato, altrimenti è questo il solo dominus del credito e dei diritti che ne dipendono nel fallimento” *Ibid.*, vol. 2, p. 325.

¹⁶⁹ “I coobbligati e fideiussori del fallito si sono voluti considerare come creditori condizionali, ma la cui condizione (non pagamento da parte del debitore fallito), si è verificata colla dichiarazione del fallimento. E perciò si sono ammessi senz’altro al voto per il concordato. Neanche a questa conclusione possiamo aderire. Se pure i coobbligati e fideiussori possono ritenersi creditori condizionali, certo la condizione, a cui è sottoposto il loro credito verso il fallito, non si è verificata colla dichiarazione di fallimento: ma si verifica solo col pagamento, perché il regresso contro il debitore principale è concesso solo al coobbligato e al fideiussore che paga” Rocco, Alfredo, *Il concordato ...* Cit., p. 424.

subsidiarios puedan hacer frente al pago de la obligación de no hacerlo el principal declarado en concurso hará que insinúen su crédito en el mismo. Lo que no será posible es la insinuación simultánea de acreedor y deudor subsidiario en el concurso del deudor principal.¹⁷⁰

Pilar Martín Aresti señala:

Tanto el reconocimiento de un crédito de regreso como el mecanismo de la subrogación por pago recuerdan que el garante puede llegar a ser acreedor del deudor concursado y aspirar al cobro de su crédito en el procedimiento. Esta circunstancia exige tutelar el interés del garante en el concurso, aun antes de haber hecho efectiva la garantía, a fin de que no pierda los derechos que en él pudieran corresponderle.

... ..

Junto al reconocimiento del crédito del acreedor en el concurso, cabe también que antes del pago se reconozca el crédito de regreso que (aunque con carácter condicional) ostenta el garante frente al deudor concursado. La posibilidad de este reconocimiento tutela al garante en caso de que el acreedor no inste el reconocimiento de su crédito en el concurso.

... ..

La convivencia en el concurso del crédito del acreedor y del crédito de regreso del garante antes del pago se consigue, como se acaba de indicar, mediante el reconocimiento del crédito de regreso como un crédito contingente y sin cuantía propia que recibe la calificación que le corresponda, aunque con suspensión de los derechos de adhesión, voto y cobro (art. 87.3 LC). El reconocimiento del crédito como contingente se mantiene hasta que se acredite, en su caso, el pago del garante al acreedor concursal garantizado.¹⁷¹

La figura de los acreedores condicionales es relevante en el tema de si a los coobligados o garantes les es permitido oponer frente al acreedor principal los beneficios pactados a favor del concursado en el concordato. Tema que se verá en lo sucesivo en esta obra.

3.7.3. A qué acreedores no obliga el convenio concursal.

Interpretando el artículo 165 de la Ley de Concursos Mercantiles en sentido contrario podemos obtener que el convenio concursal no obliga a los siguientes acreedores:

I.- A los acreedores reconocidos con garantía real o privilegio especial que no hayan suscrito el convenio y respecto de los cuales el convenio concursal no haya previsto el pago de sus créditos en los términos del artículo 158 de la Ley.

II.- A los acreedores singularmente privilegiados.

III.- A los acreedores laborales, ya sean los previstos en el artículo 221 o los previstos en la fracción I del artículo 224 de la Ley.

IV.- A los acreedores contra la masa.

¹⁷⁰ Zubiri de Salinas, Mercedes, *Enciclopedia de derecho concursal, Op. Cit.*, tomo I, pp. 862 y 865.

¹⁷¹ Martín Aresti, Pilar, *Enciclopedia de derecho concursal, Op. Cit.*, tomo II, p. 1608.

V.- A los acreedores fiscales.

3.8. Fundamento de la obligatoriedad del convenio frente a los acreedores que no signaron el mismo.

¿En dónde se encuentra el fundamento que permite que un acreedor se vea privado de una parte de su crédito por virtud de un convenio en el cual no participó?

Nuestro Derecho Objetivo reconoce la existencia de la expropiación y por imperativo constitucional, a toda expropiación debe de mediar una indemnización.

Si por virtud del convenio concursal se expropia¹⁷² una parte del crédito del acreedor por un motivo de orden público como lo es la salvaguarda de la empresa, entonces dicho acreedor debiera de recibir una indemnización por parte del Estado por la parte de su crédito que fue expropiada por una utilidad pública. Sin embargo, en la aprobación del convenio concursal no media una indemnización a favor de los acreedores cuyo crédito fue “expropiado” en la parte remitida. Entonces, no podemos encontrar en la expropiación el fundamento de la obligatoriedad del convenio concursal frente a los acreedores que no lo suscribieron. Rocco de entrada niega el efecto expropiatorio del convenio concursal ya que, por virtud de la sentencia de concurso mercantil, “el valor de los créditos es ya de hecho reducido a la cantidad del activo”.¹⁷³

Y si no es un fundamento jurídico, es un fundamento económico? Carlo D’Avack señala que en la quiebra “se debe necesariamente concluir de no encontrarse más frente a un problema jurídico, sino a un problema de política económica”.¹⁷⁴ Apodaca considera lo siguiente:

Podemos asegurar, por lo expuesto en la primera parte de este estudio, que cuando el Estado actúa en la quiebra, más que ante un problema de aplicación del derecho, más que ante un problema jurídico procesal, nos encontramos ante un problema de política económica, cuya solución deberá encontrarse en la conveniencia, de carácter público, de la perduración (principio de la conservación de la empresa) o disolución (tutela de la economía y tráfico generales) de la empresa mercantil insolvente de que se trate.¹⁷⁵

... si bien es cierto que el convenio preventivo y la Suspensión de Pagos ... instituyen, en forma expresa, un beneficio exclusivo para el deudor insolvente, no podemos dejar de reconocer que a quien se favorece en última instancia es a la Economía general y al Crédito, mediante la conservación de la empresa y la

¹⁷² “(el concordato) es quizá el único caso en que el derecho privado admite que un acreedor sea expropiado de una parte de su derecho en el interés general”, Ripert, George, *Op. Cit.*, p. 408.

“El concordato es, por tanto, un modo de extinguir radicalmente las relaciones entre deudor y acreedores, con un sacrificio (al que también se ha llamado ‘expropiación’) de estos últimos, y tiene, por tanto, cuando sea practicado, efecto liberatorio”, Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentís Melendo, EJE, Argentina, 1955, p. 317.

¹⁷³ “il valore dei crediti è già, nel fatto, ridotto, all’ammontare dell’attivo” Rocco, *Il concordato Cit.*, p. 24.

¹⁷⁴ “si deve di necessità concludere di non trovarsi più di fronte a un problema giuridico, ma ad un problema di politica economica”, D’Avack, Carlo, *Op. Cit.*, p. 16.

¹⁷⁵ Apodaca y Osuna, *Op. Cit.*, p. 183.

elusión de la perturbación y trastornos que toda declaración de estado de quiebra pudiera acarrear.¹⁷⁶

Pero si es un fundamento económico, para qué hacer intervenir a la justicia?, para qué tramitar el procedimiento concursal ante el poder judicial cuando lo pudiera tramitar otra entidad del Estado encargada de temas económicos y no jurídicos?

Habrán actos buenos en sí mismos y actos que, con independencia de si son buenos en sí mismos o no, producen consecuencias buenas. Un convenio concursal puede no ser un acto bueno en sí mismo desde el punto de vista de los acreedores que no lo firmaron, sin embargo produce consecuencias buenas, pues por virtud del concordato se salvó a una empresa y por haberse salvado dicha empresa, se salvaguardó la economía de una nación.

Cuáles son pues los valores fundamentales de un Estado?, los valores económicos o los valores de justicia? Si son los valores económicos, entonces no habría porqué ocuparse de preguntar cuál es el fundamento jurídico de la obligatoriedad del convenio concursal frente a los acreedores que no lo suscribieron, esto es, no habría porqué preguntarse si es justo que se les obligue a los acreedores que no suscribieron el convenio a sufrir la disminución de sus créditos. Lo anterior, pues si en el Estado el valor fundamental es el económico y si la obligatoriedad del convenio concursal produce efectos económicos buenos, entonces se habrá encontrado que el fundamento de dicha obligatoriedad frente a los acreedores que no lo suscribieron es un fundamento económico y no jurídico.

Pero no, el fundamento de la obligatoriedad del convenio concursal frente a los acreedores que no signaron el mismo no es económico, a pesar de que produce consecuencias económicas buenas su aprobación, sino que es jurídico. Esto es, la justicia sí es un fundamento para la obligatoriedad del convenio concursal. Y la intervención del poder público en el convenio concursal es para velar por la justicia en el convenio concursal. Por tanto, habrá casos en los cuales a pesar de que con la aprobación del convenio concursal se produzcan consecuencias económicas buenas, si no se respetó la justicia, entonces no habrá de aprobarse. Así, el valor económico está subordinado al valor de la justicia.

De la mano de diversos autores, y repasando el análisis de la violación al orden público en el convenio concursal que hicimos con anterioridad en esta obra, a continuación vamos a descubrir que el fundamento de la obligatoriedad del convenio concursal frente a los acreedores que no suscribieron el mismo es jurídico y no económico, pues: (i) se está en presencia de un cuerpo deliberativo que conforma una comunidad de intereses, (ii) que en toda comunidad la voluntad de la mayoría se impone a la minoría, (iii) que la decisión de la mayoría únicamente va a ser vinculativa a la minoría si es justa, (iv) que la autoridad judicial es la encargada de velar que se respete la justicia en el convenio concursal y (v) que los efectos benéficos que a la economía general produce la salvaguarda de la empresa mediante la aprobación de un

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 96.

convenio concursal no determinan la aprobación del convenio concursal, pues el Juez no es experto en economía y habrá casos en los que, por más beneficios que se produzcan a la economía general, si en un convenio concursal no se respetó la justicia, no habrá de aprobarse.

Eduardo Pallares señala lo siguiente:

57.- Por nuestra parte, nos permitimos formular los siguientes principios que consideramos pilares en los que descansa la institución de la quiebra:

... ..

III.- En la quiebra impera el principio de que la voluntad de las mayorías tiene fuerza de ley y obliga a las minorías, si éstas han sido citadas y oídas conforme a derecho.¹⁷⁷

José María Moreno señala que: *“en materia de quiebras, hay ciertos principios que todas las legislaciones reconocen; porque son inherentes a la naturaleza de los derechos que se controvierten, y al objeto que toda ley de quiebras se propone. He aquí los más importantes: ... Algunas voluntades aisladas no deben impedir la realización de medidas que se creen útiles al interés común ...”*,¹⁷⁸ pues dicho principio es *“el límite que tienen los derechos privados”*¹⁷⁹ y los acreedores tienen intereses comunes porque están unidos, ya que *“la quiebra de un comerciante, que amenaza tantos intereses y derechos con una pérdida más o menos sensible, pero casi siempre segura, reunte a todos los acreedores, sin excepción, con el vínculo de la necesidad”*¹⁸⁰ y termina por explicar así el fundamento de la obligatoriedad:

En los casos ordinarios, todo acreedor puede convenir con su deudor libremente, sin que pueda ser ligado por los pactos particulares que otros acreedores puedan haber celebrado con el deudor común; cada uno tiene plena libertad en el ejercicio de sus derechos que sólo pueden ser modificados por su propio consentimiento; pero no sucede lo mismo en la quiebra. El deudor ha declarado a todos sus acreedores cuya masa constituye un ser moral, que no puede pagarles actual e íntegramente, colocándolos en situación de ejercer iguales derechos, que les pertenecen, sobre la universalidad de los bienes del deudor fallido, quien privado de su administración, no puede pagar a unos en perjuicio de los otros. Esta regla inflexible de igualdad, que es la ley de la masa quirografaria, debe tener por consecuencia necesaria, ligar la minoría de acreedores a las deliberaciones de la mayoría, en todas las medidas que, adoptadas en el interés general, imponen a todos sacrificios de tiempo o de capital, para salvar lo que pueda salvarse.¹⁸¹

José A. Ramírez nos habla sobre la comunidad de intereses en un concurso mercantil de la siguiente manera:

De aquí que en la quiebra surja, como segundo postulado, el de la injerencia del Poder público sobre los créditos particulares de los acreedores y, consiguientemente, sobre su conveniencia privativa, desconociendo la misma, para sujetar la liquidación del patrimonio del quebrado a sanas y protectoras reglas de justicia distributiva.¹⁸²

¹⁷⁷ Pallares, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 52.

¹⁷⁸ Moreno, José María, *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 136.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 48.

¹⁸¹ Moreno, José María, *Op. Cit.*, p. 143.

¹⁸² Ramírez, José A, *Op. Cit.*, tomo I, p. 104.

... ..

Sencillamente, si la quiebra pretende aunar los intereses privativos de los acreedores frente al común deudor, colocándolos bajo un pie de igualdad (*par condijo creditorum*) y con sujeción a la ley del dividendo (*comunidad de pérdidas*), para la satisfacción de sus respectivos créditos, se comprende que la declaración de quiebra produzca determinados efectos sobre los *acreedores*, con miras a la obtención de aquellos fines.¹⁸³

Que los acreedores del quebrado quedan integrados en una especie de *comunidad* o *consorcio*, se infiere tácitamente de todo el sistema legislativo ...

... ..

... tal *comunidad* o *consorcio* no se produce, a diferencia, por ejemplo, de las Compañías mercantiles, por *voluntad de los acreedores* que lo integran, sino precisamente pese a su voluntad en contrario, y sólo por ministerio legal en pro de la *par condijo creditorum*. ... Y, por lo tanto, si, gracias a su integración en la *masa pasiva*, el acreedor queda privado del ejercicio de sus tales derechos, habremos de entender que dicho *consorcio* o *comunidad* surge *imperativamente* por *ministerio legal*, y los fines de sustituir la justicia *conmutativa* – interés privado del acreedor frente al interés privado del deudor- por la *distributiva* –reparación proporcional del crédito público-, supremo interés del Estado.¹⁸⁴

Esta comunidad, no es voluntaria, sino forzosa. Augustin-Charles Renouard señala lo siguiente:

La masa de acreedores de una quiebra, unida por intereses colectivos, no es una asociación voluntaria y libre; es una asociación fortuita, que la necesidad ha creado, y que la previsión de la ley protege y organiza sirviéndole de regla y de vínculo.¹⁸⁵

Para Pajardi esa comunidad no es tan fortuita, sino fisiológica:

En suma, entre los acreedores se establece una ‘natural solidaridad económica’; ésta a ojos vista, existía ya en el momento fisiológico de la empresa deudora en el que surgieron los créditos, porque quienquiera que otorga un crédito afronta el riesgo y lo afronta junto a todos aquellos que otorgan créditos al mismo deudor; pero se acentúa en el momento patológico de la empresa deudora y se traduce en la distribución proporcional de las pérdidas eventuales en el caso (normal para un deudor en estado de insolvencia), en que el patrimonio del deudor, una vez liquidado, no satisfaga íntegramente el importe de los derechos crediticios.¹⁸⁶

Fortuita o no, se está en presencia de una comunidad. Rocco explica la obligatoriedad del convenio concursal en base a la existencia de la comunidad. Para Rocco, existe un “*agrupamiento de los acreedores en comunidad por efecto de la declaración de quiebra o de la apertura del procedimiento de concordato preventivo*”¹⁸⁷ y es esa comunidad “*que explica la obligatoriedad*

¹⁸³ Ramirez, José A, *Op. Cit.*, tomo II, p. 1984.

¹⁸⁴ *Ibid.*, pp. 186 y 187.

¹⁸⁵ “*La masse des créanciers d’une faillite, unie par des intérêts collectifs, n’est point une association volontaire et libre ; c’est une association fortuite, que la nécessité a créé, et que le secours de la loi protège et organise en lui servant de règle et de lien*” Renouard, Augustin-Charles, *Op. Cit.*, tomo I, p. 409.

¹⁸⁶ Pajardi, Piero, *Op. Cit.*, tomo I, p. 42.

¹⁸⁷ “*dell’aggruppamento dei creditori in comunione, per effetto della dichiarazione del fallimento o dell’apertura del procedimento di concordato preventivo*” Rocco, Alfredo, *Il concordato ... Cit.*, p. 17.

para todos de las deliberaciones tomadas por la mayoría”.¹⁸⁸ “De la existencia y de la particular naturaleza de la comunión, deriva precisamente la eficacia del concordato en relación a los acreedores que no lo asintieron”.¹⁸⁹ Navarrini también adopta la teoría de la comunidad en los siguientes términos:

La formación obligatoria de la masa de acreedores se debe innegablemente – nadie puede negarlo- a una imposición de la ley; ahora, es obvio pensar que ésta no puede quedarse a medio camino: crear esta comunidad forzada, imaginada para obtener la igualdad de todos los acreedores y, después, impedirle funcionar. El impedimento de funcionar se hubiera originado con la exigencia de la unanimidad de los que la componen. Toda colectividad organizada no puede deliberar, por razones lógicas y de necesidad, sino por mayoría.¹⁹⁰

Y como dicha comunidad delibera, “el deber de la minoría de sujetarse a la voluntad de la mayoría es una necesidad de todos los cuerpos deliberativos”.¹⁹¹ La materia de dicha deliberación es la de perder lo menos con la quiebra del deudor, así Mousnier señala que:

cuando la posición de todos es la misma, cuando se actúa por todos, no para evitar una pérdida, sino de perder lo menos posible, es justo que la voluntad de la mayoría se convierta en la ley de todos. En toda deliberación, la sabiduría se reputa al lado de la mayoría.¹⁹²

Esta presunción de la sabiduría de la mayoría la reconoce también Pardessus como sigue:

Pero como raramente todos están de acuerdo, y como es natural presumir que la mayoría ha tomado las decisiones más convenientes al interés común, se ha creído deber hacer ceder la voluntad de la minoría a aquella de la mayoría.¹⁹³

Y también lo hace Rocco, quien dice que “como en cada órgano de una voluntad colectiva, también la mayoría formada en la asamblea es considerada la intérprete legítima de los intereses colectivos”.¹⁹⁴

Baird y Jackson explican la comunidad y la presunción de sabiduría de la mayoría como sigue:

¹⁸⁸ “è la comunione indotta dalla dichiarazione di fallimento che spiega la obbligatorietà per tutti delle deliberazioni prese dalla maggioranza” *Ibid.*, p. 24.

¹⁸⁹ “Dalla esistenza e della particolare natura della comunione, deriva appunto l’efficacia del concordato riguardo ai creditori non assenzienti” *Ibid.*, p. 163.

¹⁹⁰ Navarrini, *Op. Cit.*, p. 376.

¹⁹¹ “il dovere della minoranza di assoggettarsi al volere della maggioranza è una necessità di tutti i corpi deliberativi”, Vidari, Ercole, *Op. Cit.*, p. 695.

¹⁹² “Quand la position de tous est la même; quand il s’agit pour tous, non d’éviter une perte, mais de perdre le moins possible, il est juste que la volonté du plus grand nombre devienne la loi de tous. Dans tous délibération, la sagesse est réputée être du côté de la majorité”, Mousnier, *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁹³ “Mais comme rarement tous sont d’accord, et qu’il est naturel de présumer que le plus grand nombre a pris les arrangements les plus convenables à l’intérêt commun, on a cru devoir faire céder la volonté de la minorité à celle de la majorité”, Pardessus, J.M., *Cours de droit commercial*, Garnery, Libraire, Francia, 1815, tomo III, p. 362.

¹⁹⁴ “Come in ogni organo de una volontà collettiva, anche la maggioranza formatasi nell’assemblea è reputata l’interprete legittimo degli interessi collettivi.” Rocco, *Il concordato Cit.*, p. 446.

Hay peces en el lago. Usted es el único que tiene el derecho a pescar en ese lago, y nadie le detiene para decidir sobre cuanta pesca hacer. Usted tiene en su poder el pescar todos los peces este año y venderlos por, digamos, \$100,000. Si usted hiciera eso, sin embargo, no habría peces en el lago el próximo año. Podría ser mejor para usted- usted puede maximizar el total de su retorno de pescar- si usted pescara y vendiera algunos peces este año pero deja otros peces en el lago para que así éstos puedan multiplicarse y usted tendría peces en los siguientes años. Asuma que, al decidir así, usted podría recibir (ajustando por la inflación) \$50,000 cada año. Teniendo este resultado es como tener una anualidad permanente que paga \$50,000 el año. Tiene un valor presente tal vez de \$500,000. Ya que cuando todas las otras cosas son iguales, \$500,000 es mejor que \$100,000, usted, como único dueño, limitaría su pesca este año a menos que algún otro factor lo influencie. Pero qué pasa si usted no es el único que puede pescar en el lago? Qué pasa si cien personas lo pudieran hacer? La solución óptima no ha cambiado: sería preferible dejar algunos peces en el lago para que se multipliquen porque al hacerlo se tiene un valor presente de \$500,000. Pero en este caso, a diferencia de cuando usted tenía que controlarse a usted mismo, un obstáculo surge para alcanzar tal resultado. Si hay cien pescadores, usted no puede estar seguro, al limitar la pesca de usted, que habrá más peces el próximo año, a menos que usted pueda también controlar a los otros. Usted tendría, entonces, un incentivo para pescar la mayor cantidad de peces que pueda hoy por que maximizando su pesca este año (pescando, en promedio, \$1,000 de valor de peces) es mejor para usted que limitarse (pescando, digamos, sólo \$500 de valor de peces este año) mientras que otros se pelean y agotan el inventario completamente. Si usted se limita, su retorno agregado sería sólo \$500, ya que nada quedará para el siguiente año y el año que viene. Pero esta especie de razonamiento por cada uno de los cien pescadores significaría que el inventario de peces se agotaría al final de la primera temporada. Los pescadores dividirían \$100,00 este año, pero no habría peces y dinero- en los años que siguen. El interés propio provoca el dividirse \$100,00, y no \$500,000.

Lo que se requiere es alguna regla que haga que los cien pescadores actúen como el único dueño lo haría. Aquí es donde la ley de quiebra entra en la escena en un mundo no de pescados sino de créditos. Las reglas no concursales de recolección de deudas y su distribución de activos bajo la regla de primero en tiempo, primero en derecho crea un incentivo a los acreedores en lo individual, cuando éstos temen que el deudor tendría más deudas que bienes, para formarse primero (mediante, por ejemplo, embargar el equipo del deudor), porque si no lo hacen así, corren el riesgo de no obtener nada. Esta decisión tomada por numerosos acreedores en lo individual, puede, sin embargo, ser la peor decisión para los acreedores como grupo. Incluso si el deudor es insolvente, estarían mejor si aseguran sus bienes de manera conjunta. La quiebra proporciona un mecanismo para hacer que estos diversos individuos actúen como uno sólo, al imponerles un procedimiento colectivo y forzoso.¹⁹⁵

¹⁹⁵ *“There are fish in the lake. You are the only one who has the right to fish in that lake, and no one constrains your decision as to how much fishing to do. You have it in your power to catch all the fish this year and sell them for, say, \$100,000. If you did that, however, there would be no fish in the lake next year. It might be better for you – you might maximize your total return from fishing- if you caught and sold some fish this year but left other fish in the lake so that they could multiply and you would have fish in subsequent years. Assume that, by taking this approach, you could earn (adjusting for inflation) \$50,000 each year. Having this outcome is like having a perpetual annuity paying \$50,000 a year. It has a present value of perhaps \$500,000. Since (obviously, I hope) when all other things are equal, \$500,000 is better than \$100,000, you, as sole owner, would limit your fishing this year unless some other factor influenced you.*

But what if you are not the only one who can fish in this lake? What if a hundred people can do so? The optimal solution has not changed: it would be preferable to leave some fish in the lake to multiply because doing so has a present value of \$500,000. But in this case, unlike that where you have to control only yourself, an obstacle exists in achieving that result. If there are a hundred fishermen, you cannot be sure, by limiting your fishing, that there will be any more fish next year, unless you can also control the others. You may, then, have an incentive to catch as many fish as you can today because maximizing your

Thaller reconoce la existencia de la comunidad pero, en la obligatoriedad del concordato frente a los acreedores no disidentes, no reconoce una derogación a principios de derecho común:

Una resolución declarativa pondrá ipso facto a los acreedores en estado de asociación, a fin de liquidar su garantía y distribuir su producto a prorrata de sus derechos.¹⁹⁶

Limitémonos a los acreedores quirografarios. Recordemos que la resolución declarativa convierte el derecho de cada uno de ellos en un dividendo.¹⁹⁷

De ordinario, se dice que el concordato deroga la regla que exige en una convención el consentimiento de todas las partes (art. 1134): la mayoría obliga a la minoría, esto es lo que es contrario al derecho común. Este punto de vista carece de precisión: el acuerdo no es suscrito por los acreedores separadamente, sino por la masa. La masa forma un tipo de corporación, su voluntad no está subordinada a la adhesión individual de todos sus miembros. La mayoría expresa la deliberación tomada por el cuerpo entero, a la condición de hacerlo siguiendo las formas legales. Cada vez que la ley reconoce la vida jurídica a un ente colectivo, especialmente en las sociedades por acciones, otorga efecto a las resoluciones basadas sobre la máxima: *major pars trahit ad se minorem*. No hay ahí derogación a los principios: es el resultado de la personificación moral.¹⁹⁸

Para Bonelli el concordato es obligatorio frente a los acreedores que no lo suscribieron, no porque se esté en presencia de una comunidad o una

take this year (catching, on average, \$1,000 worth of fish) is better for you than holding off (catching, say, only \$500 worth of fish this year) while others scramble and deplete the stock entirely. If you hold off, your aggregate return is only \$500, since nothing will be left for next year or the year after. But that sort of reasoning by each of the hundred fishermen will mean that the stock of fish will be gone by the end of the first season. The fishermen will split \$100,000 this year, but there will be no fish and no money – in future years. Self-interest results in their splitting \$100,000, not \$500,000.

What is required is some rule that will make all hundred fishermen act as a sole owner would. That is where bankruptcy law enters the picture in a world not of fish but of credit. The grab rules of nonbankruptcy law and their allocation of assets on the basis of first-come, first-served create an incentive on the part of the individual creditors, when they sense that a debtor may have more liabilities than assets, to get in line today (by, for example, getting a sheriff to execute on the debtor's equipment), because if they do not, they run the risk of getting nothing. This decision by numerous individual creditors, however, may be the wrong decision for the creditors as a group. Even though the debtor is insolvent, they might be better off if they held the assets together. Bankruptcy provides a way to make these diverse individuals act as one, by imposing a collective and compulsory proceeding on them" Jackson, Thomas, *The logic and limits of bankruptcy law*, BeardBooks, E.U.A., 2001, p. 11.

¹⁹⁶ "Un jugement déclaratif va placer ipso facto les créanciers en état d'association, afin de liquider leur gage et d'en distribuer le produit au prorata de leurs droits" Thaller, Edmond, *Op. Cit.*, p. 1046.

¹⁹⁷ "Limitons-nous ainsi aux créanciers chirographaires. Rappelons que le jugement déclaratif convertit le droit de chacun d'eux en un dividende" *Ibid.*, p. 1148.

¹⁹⁸ "D'ordinaire, on dit que le concordat déroge à la règle qui exige dans une convention le consentement de toutes les parties (art. 1134) : la majorité lie la minorité, ce qui est contraire au droit commun. Ce point de vue manque de justesse : le traité n'est point souscrit par les créanciers pris séparément, mais bien par la masse. La masse formant une sorte de corporation, sa volonté n'est pas subordonnée à l'adhésion individuelle de tous ses membres. La majorité exprime la délibération prise par le corps tout entier, à la condition de le faire suivant les formes légales. Chaque fois que la loi reconnaît la vie juridique à un être collectif, et notamment dans les sociétés par actions, elle donne effet à des résolutions basées sur la maxime : *major pars trahit ad se minorem*. Il n'y a rien là de dérogatoire aux principes : c'est le résultat de la personification morale" *Ibid.*, p. 1251.

asociación, sino porque dichos acreedores forman parte de una masa concursal quien los representa:

La base contractual del concordato para todos los acreedores concurrentes, comprendidos los disidentes es, para nosotros, bastante clara. La asamblea es el órgano de la masa concurrente, órgano deliberante y, por la ocasión, órgano también ejecutivo (supra 724, 726). No son los acreedores singulares los que han contratado, sino la masa; los disidentes son obligados por que forman parte de la masa, que tiene el poder de representarlos contractualmente y de obligarlos. No es que la cosa sea así obvia y normal, como pudiera parecer a cualquier escritor que adecuía la masa de los acreedores a una comunión, o invoca la analogía con las asambleas de los accionistas de una sociedad anónima o de los miembros de una corporación. Ya que en todos estos casos la deliberación colectiva concierne al patrimonio colectivo, no aquél individual de los componentes de la colectividad. La analogía está muy cerca con las figuras de los consorcios entre propietarios unidos por la defensa de la respectiva propiedad (simple *interessengemeinschaft* dirían los alemanes), o con las deliberaciones de una sociedad en nombre colectivo, que al mismo tiempo que el patrimonio social, vincula también a los propios socios en lo individual. En cada modo es verdad que la masa de los acreedores concurrentes constituye una colectividad organizada por la ley, que actúa para el concordato, como por la gestión concursal, merced a deliberaciones y votaciones asamblearias con el sistema de la mayoría, cuyo efecto debe ser necesariamente aquello de hacer eficaz, para todos los componentes de la masa, la deliberación de la voluntad colectiva, como incluyente en sí de toda la voluntad de los acreedores singulares combinada orgánicamente. Por lo tanto, sea incluso que el vínculo contractual sea plural y vaya a constituirse entre el quebrado concordatario y cada miembro de la colectividad (supra 713 nota 2), es, sin embargo, también verdad que el concordato es el producto de un único acto de voluntad.¹⁹⁹

Hasta aquí advertimos que existe una comunidad forzosa de intereses y que la mayoría de dicha comunidad liga a la minoría pues se presume la sabiduría de la mayoría en la toma de decisiones, esto es, que las decisiones que toma la mayoría son benéficas para todos.

Pero como la mayoría se puede equivocar, es necesaria la intervención de la autoridad judicial. Lyon-Caen & Renault señalan lo siguiente:

¹⁹⁹ “La base contrattuale del concordato per tutti i creditori concorrenti, compresi i dissenzienti è, per noi, abbastanza chiara. L’assemblea è l’organo della massa concorrente, organo deliberante e, per l’occasione, organo anche esecutivo (supra 724, 726). Non sono i singoli che hanno contratto, ma sebbene la massa; i dissenzienti sono obbligati perché fanno parte della massa, che aveva il potere di rappresentarli contrattualmente e di obbligarli. Non che la cosa sia così ovvia e normale, come forse pare a qualche scrittore che adegua la massa dei creditori ad una comunione, o invoca l’analogia colle assemblee degli azionisti d’una società anonima o dei membri d’una corporazione. Poiché in tutti questi casi la deliberazione collettiva riguarda il patrimonio collettivo, non quello individuale dei componenti la collettività. L’analogia è più vicina colle figure dei consorzii tra proprietari finitimi per la difesa delle rispettive proprietà (semplice *Interessengemeinschaft*, direbbero i tedeschi), o colle deliberazione d’una società in nome collettivo, che nello stesso tempo che il patrimonio sociale, vincola in proprio anche i singoli soci. In ogni modo è certo che la massa dei creditori concorrenti costituisce una collettività organizzata dalla legge, che procede per il concordato, come per la gestione fallimentare, mercé deliberazione e votazione assembleare col sistema delle maggioranze, il cui effetto deve esser necessariamente quello di rendere efficace, per tutti i componenti la massa, la deliberazione della volontà collettiva, come comprendente in sé tutte le volontà dei singoli organicamente combinate. Cosicché, sia prue che il vincolo contrattuale sia plurimo e vada a costituirsi tra il fallito concordatario e ciascun membro della collettività (supra 713 nota 2); è però anche vero che il contratto è il prodotto d’un unico atto di volontà” Bonelli, Gustavo, *Op. Cit.*, vol. 3, p. 133.

La verdad es que hay ahí un contrato, pero la mayoría liga a la minoría porque en materia de quiebra, los derechos individuales de los acreedores desaparecen en principio y son sometidos a las decisiones de la mayoría. La homologación del tribunal de comercio no interviene sino para proteger a la minoría.²⁰⁰

La autoridad judicial interviene, para proteger a la minoría y para hacer justicia. Nigro señala:

El modelo judicial – que es el modelo tradicional y al día de hoy largamente prevalente en todos los ordenamientos- ha encontrado y encuentra su razón de ser fundamentalmente, obviamente, en la exigencia de garantizar, con la intervención de una autoridad neutral, la ‘justa’ composición de los conflictos de intereses que la crisis de la empresa desencadena.²⁰¹

La autoridad judicial, generalmente, no interviene para ponderar si existió justicia entre un contrato celebrado entre dos partes que manifestaron su consentimiento para obligarse, pues se presume que uno no actúa en contra de sus intereses. La autoridad judicial sí interviene para ponderar si existió justicia en un contrato celebrado entre determinadas partes que manifestaron su consentimiento para obligarse, pero que obliga a otras partes que no manifestaron dicho consentimiento. Y es que, si bien la mayoría obliga a la minoría porque se presume que la mayoría actúa en beneficio de la minoría, dicha presunción, en materia concursal, no es *iure et de iure* sino que es necesaria que intervenga la autoridad judicial para comprobar que la mayoría haya actuado en beneficio de la minoría, esto es, que se haya respetado el *principio de mayor beneficio*.

3.9. Sobre si el convenio concursal produce efectos novatorios.

En este apartado demostraremos argumentativamente por qué el convenio concursal no produce efectos novatorios.

En primer lugar, debemos de analizar la figura jurídica de la novación. El artículo 2213 del Código Civil Federal señala que “*hay novación de contrato cuando las partes en él interesadas lo alteran substancialmente substituyendo una obligación nueva a la antigua*” y el artículo 2215 del mismo ordenamiento señala que “*la novación nunca se presume, debe constar expresamente*”. De ambos artículos podemos obtener los siguientes elementos esenciales para que exista novación:

- Alteración substancial.
- Sustitución de la obligación antigua por una nueva.
- Consentimiento expreso en la novación.

²⁰⁰ “*La vérité est qu’il y a là un contrat, mais que la majorité y lie la minorité parce qu’en matière de faillite, les droits individuels des créanciers disparaissent en principe et sont soumis aux décisions de la majorité. L’homologation du tribunal de commerce n’intervient que pour protéger la minorité*” Lyon-Caen & Renault, *Op. Cit.*, tomo VII, p. 594.

²⁰¹ “*Il modello giudiziario – che è il modello tradizionale e tuttora largamente prevalente in tutti gli ordinamenti – ha trovato e trova la sua ragion d’essere fondamentale, ovviamente, nell’esigenza di garantire, con l’intervento di un’autorità neutrale, la ‘giusta’ composizione dei conflitti di interessi che la crisi dell’impresa scatena*” Nigro, Alessandro y Vattermoli, Daniele, *Op. Cit.*, p. 24.

En el concordato, si bien los acreedores signantes pueden expresar su intención de novar, no pueden hacerlo por los acreedores no signantes del convenio. Por tanto, la intención de novar no existe ni se presume para los acreedores que no signaron el convenio concursal.

La obligación es la misma antes y después del concordato pues ni la quita ni la espera hacen que se esté en presencia de una distinta obligación.

Tampoco se altera sustancialmente la obligación, a menos de que se pacte una dación en pago en el convenio concursal.

A continuación citaremos distintas opiniones de la doctrina concursal que consideran que sí existe novación y otros que no.

Para Bonfanti y Garrone sí *“se produce una novación de obligaciones, porque las partes quedan vinculadas con los alcances del concordato y no con el de los contratos originales”*.²⁰²

Lyon-Caen & Renault señalan:

Se ha sostenido que el concordato produce novación, afirmando que la remisión contenida en el concordato implica la voluntad de las partes de modificar la naturaleza del crédito y de operar un cambio en el título primitivo. Esta opinión debe ser rechazada, no hay novación. Ésta no se presume ni en materia mercantil ni en civil; para que haya novación, se necesita que no haya duda sobre la intención de las partes en realizarla.²⁰³

La premisa de que el convenio concursal no produce novación ha sido utilizada en la argumentación que llega a la conclusión de que las quitas concedidas al concursado como deudor directo, no benefician a los coobligados del concursado, tal como lo explica Rocco de la siguiente manera:

A pesar del concordato, los acreedores conservan íntegros sus derechos contra los coobligados y garantes del concursado (art. 792 Cod. Comm.). Esto demuestra que la antigua obligación no es extinta, sino que continua produciendo sus efectos, con alguna limitación respecto al deudor principal, pero en modo pleno y completo respecto a los coobligados y garantes. Si la obligación fuese extinta por novación los codeudores y garantes serían liberados (art. 1277 Cod. civ.).²⁰⁴

²⁰² Bonfanti, Mario Alberto y Garrone, José Alberto, *Op. Cit.*, p. 329.

²⁰³ *“On a soutenu que le concordat entraîne novation, en affirmant que la remise contenue dans le concordat implique la volonté des parties de modifier la nature de la créance et d’opérer un changement dans le titre primitif. Cette opinion doit être repoussée, il n’y a pas novation. Celle-ci ne se présume pas plus en matière commerciale qu’en matière civile ; pour qu’il y ait novation, il faut qu’il n’y ait pas de doute sur l’intention des parties de l’opérer”* Lyon-Caen & Renault, tomo VII, p. 587.

²⁰⁴ *“Malgrado il concordato, i creditori conservano integri i loro diritti contro i coobbligati e fideiussori del fallito (art. 792 Cod. comm.). Ciò dimostra che l’antica obbligazione non è estinta, ma continua a produrre i suoi effetti, con qualche limitazione rispetto al debitore principale, in modo pieno e completo rispetto ai coobbligati e fideiussori. Se l’obbligazione fosse estinta per novazione i condebitori e fideiussori sarebbero liberati (art. 1277 Cod. civ.)”* Rocco, Alfredo, *Il concordato ... Cit.*, p. 183.

Por ello concluye que *“el carácter novatito no es esencial en el concordato, el cual, de hecho, en sus formas típicas, no produce ninguna novación de las antiguas obligaciones”*.²⁰⁵

En opinión de Bonelli:

El concordato, salvo el caso de sustitución de persona en lugar del deudor o de asunción de nueva obligación a cambio de la antigua, no importa por sí novación; porque ni la prórroga del término, ni la reducción del crédito, ni los dos actos juntos unidos, que vemos ser el contenido normal del concordato, son suficientes para producir novación de una obligación. La acción del acreedor permanece como antes: él no adquiere con el concordato ni un nuevo derecho, ni un nuevo título.²⁰⁶

Ramella señala:

Finalmente el concordato no contiene novación de los derechos y acciones de los acreedores, sino sólo limita el contenido de los créditos en cuanto al tiempo de su exigibilidad, a la medida de la suma debida y al modo de pago. Para que haya novación se necesita la intención expresa de las partes para producirla, no pudiéndose presumir aquella (art. 1269 cod. civ.), ni puede decirse que con las remisiones o esperas de los créditos tengan entendido las partes de cambiarles la naturaleza.²⁰⁷

Para Cuzzeri y Cicu el convenio concursal no produce novación, ya que *“cuando se haya acordado un plazo o una remisión del crédito, porque la causa debendi es siempre la misma, la antigua obligación permanece idéntica y sólo se modifica su monto o vencimiento”*.²⁰⁸

Navarrini señala lo siguiente:

El convenio no implica novación. Sigue rigiendo la antigua obligación que ligaba a deudor y acreedores, si bien modificada por el convenio, ya aparente en el mismo como asumida en él por el deudor. La novación, que implica renuncia, no se presume; la voluntad de comprenderla en el convenio no se deduce ni expresa ni tácitamente.²⁰⁹

Eduardo Pallares sí reconoce los efectos extintivos de la novación en el convenio concursal:

²⁰⁵ *“il carattere novativo non è essenziale al concordato, il quale, anzi, nelle sue forme tipiche, non produce nessuna novazione delle antiche obbligazioni.”* *Ibid.*, p. 243.

²⁰⁶ *“Il concordato, salvo il caso di sostituzione di persona al posto del debitore o di apposita assunzione di nuova obbligazione in cambio della vecchia, non importa di per sé novazione; poiché né la proroga del termine, né la riduzione del credito, né i due fatti insieme uniti, che vedemmo essere il contenuto normale del concordato, sono sufficienti a operare novazione di una obbligazione. L'azione del creditore resta quella di prima: egli non acquista col concordato nè un nuovo diritto, nè un nuovo titolo”* Bonelli, Gustavo, *Op. Cit.*, vol. 3, p. 29.

²⁰⁷ *“Infine il concordato non contiene novazione ai diritti e azioni dei creditori, ma soltanto limita il contenuto dei crediti in ordine al tempo di loro esigibilità, alla misura della somma dovuta e al modo di realizzazione. Perché si abbia novazione occorre l'intenzione espressa delle parti di produrla, non potendosi essa presumere (art. 1269 cod. civ.), né può dirsi che colle remissioni o dilazioni dei crediti abbiano pure inteso le parti di cambiarne la natura”* Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 266.

²⁰⁸ Cuzzeri, Manuel y Cicu, Antonio, *Op. Cit.*, tomo 19, vol. II, p. 177.

²⁰⁹ Navarrini, Humberto, *Op. Cit.*, p. 344.

174.- ¿Qué efectos produce el convenio aprobado por sentencia firme, con respecto a los créditos?

Produce el efecto de extinguir dichos créditos en la parte en que los acreedores hubieren hecho remisión al comerciante, a no ser que, por cláusula expresa los acreedores convengan en la subsistencia íntegra de sus créditos.²¹⁰

En la abrogada Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos el artículo 356 señalaba lo siguiente:

Art. 356.- En virtud del convenio, no mediando pacto expreso en contrario, los créditos quedarán extinguidos en la parte que se hubiese hecho remisión al quebrado, aun cuando le quedare algún sobrante de los bienes de la quiebra o posteriormente llegare a mejor fortuna.

Joaquín Rodríguez Rodríguez comenta dicho artículo como sigue:

El efecto normal del convenio es la remisión definitiva e incondicional de los créditos, en la parte comprendida en la quita. No subsiste obligación natural por parte del deudor, ni derecho de los acreedores a cobrar cuando éste mejor de fortuna. Lo remitido se pierde para siempre. El acreedor sólo conserva acción por la parte no comprendida en la quita y eso de acuerdo con los plazos y formas de ejercicio que se hayan previsto en el convenio.²¹¹

Pero concluye Rodríguez Rodríguez diciendo que “no debe olvidarse que la remisión no implica novación”.²¹²

Así pues, podemos concluir que, por regla general, el convenio concursal no produce efectos novatorios de las obligaciones materia del mismo. La excepción a dicha regla general se actualiza cuando el convenio concursal prevé el pago en especie, por ejemplo, con participaciones del capital social del concursado persona moral. Sin embargo, dicha novación no podrá aprovechar a los corresponsables de la deuda del concursado.

3.10. Efectos del convenio concursal sobre los corresponsables del cumplimiento de las obligaciones del concursado.

En este apartado se analizará si la quita o espera pactada en el convenio concursal beneficia al coobligado, al obligado solidario, al fiador, al garante hipotecario o prendario del deudor concursado.

La regla general consiste en que la reducción en el monto y la ampliación del plazo de pago de la obligación por virtud de la quita y espera beneficia a los terceros garantes y a los demás deudores solidarios.

Pues bien, como se verá a continuación dicha regla general no opera cuando la quita y la espera fue concedida en un convenio concursal. Así lo señala expresamente el segundo párrafo artículo 166 de la Ley de Concursos Mercantiles, pero veamos cuáles son las razones que da la doctrina concursal para llegar a dicha conclusión.

²¹⁰ Pallares, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 226.

²¹¹ Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Op. Cit.*, p. 358.

²¹² *Ibid.*, p. 359.

Rocco señala lo siguiente:

Ahora, la quiebra del deudor no extingue la deuda: lejos de ello, los obligados solidarios no sólo permanecen igualmente obligados frente al acreedor, sino que deben entre ellos repartirse por contribución la pérdida derivada de la insolvencia del codeudor (art. 1199 Cod. civ.); y la obligación del garante encuentra ahora su mayor razón de ser. En esta condición de las cosas, no se entendería por qué el concordato, el cual no hace sino liquidar con anticipación el dividendo que tocaría a cada uno de los acreedores, debiera quitar de en medio las obligaciones de los codeudores solidario y de los garantes. Hacer venir a menos la garantía, cuando es más necesaria, y cuando ha llegado el momento en vista de la cual precisamente fue constituida, es el colmo de lo ilógico.²¹³

Precisamente, es la no gratuidad de la quita concursal, el fundamento en base al cual Rocco considera que dicha quita no puede beneficiar a los obligados solidarios y garantes del concursado, tal y como lo expone a continuación:

Si, dada la naturaleza esencialmente gratuita de la remisión, la remisión realizada frente a uno de los codeudores solidarios puede hacer justamente presumir la intención de querer liberar también los otros coobligados, y aquella hecha al deudor principal la intención de liberar al garante (aquí ayuda también la naturaleza accesoria de la obligación), el carácter esencialmente oneroso de la renuncia en un concordato no justifica más aquella presunción, sino que impone el regreso a la regla general.²¹⁴

Bonelli señala lo siguiente:

El verdadero concordato judicial, esto es, el obligatorio, tiene de especial, que no opera la extinción perfecta de la deuda del quebrado y no limita sus efectos a los acreedores celebrantes. Aquello presupone la presencia de un ente colectivo (masa concursal) dentro del cual la voluntad individual queda absorbida y vinculada Es este ente colectivo que pacta con la quiebra la remisión parcial de la deuda. Por esto mismo este pacto no puede equipararse a una remisión voluntaria de parte de los acreedores individuales, capaz de producir extinción de la respectiva relación de crédito.

Es más bien una especie de constatación legal que hace la masa de la imposibilidad en la cual se encuentra el deudor de pagar más allá de esa medida. Y su efecto es aquello de un simple *pactum de non petendo*, que limita a los acreedores concursales el ejercicio de la acción a esa cantidad,

²¹³ “Ora il fallimento del debitore non estingue il debito: tutt’altro, i coobbligati solidali non solo restano egualmente obbligati di fronte al creditore, ma debbono fra di loro ripartirsi per contributo la perdita derivante dall’insolvenza del condebitore (art. 1199 Cod. civ.); e l’obbligazione del fideiussore trova allora la sua maggiore ragion d’essere. In questa condizione di cose, non si capirebbe perché il concordato, il quale non fa che liquidare in anticipazione il dividendo che toccherà a ciascun creditore, dovesse togliere di mezzo l’obbligazione dei condebitori in solido e dei fideiussori. Far venir meno la garanzia, quando è più necessaria, e quando è giunto il momento in vista del quale appunto fu costituita, è il colmo dell’illogicità.” Rocco, Alfredo, *Il concordato* Cit., pp. 246-247.

²¹⁴ “Se, data la natura essenzialmente gratuita della rimessione, la rimessione operata di fronte ad uno dei condebitori in solido può far giustamente presumere l’intenzione di voler liberare anche gli altri coobbligati, e quella fatta al debitore principale l’intenzione di liberare il fideiussore (qui soccorre anche la natura accessoria dell’obbligazione), il carattere essenzialmente oneroso della rinuncia di concordato non giustifica più quella presunzione, ma impone il ritorno alla regola generale.” *Ibid.*, p. 248.

pero no quita del medio el vínculo obligatorio. A todos los acreedores concursales, porque todos están comprendidos en la masa, y no sólo a los celebrantes del concordato, ni sólo a aquellos que concurrieron y participaron en el desarrollo del proceso concursal; por tanto también a los acreedores de regreso. Ello explica la aparente derogación de los dos principios del derecho civil en tema de coobligados, consagrados uno en los arts. 1281, 1282, el otro en el art. 1928. No es que estos artículos sean derogados en caso del concordato, es más bien que no encuentran aplicación. En efecto, si no hay pago, ni remisión voluntaria de la deuda, es natural que no quede impedida por el concordato la acción contra los coobligados. Si también el concordatorio es deudor principal, permanece íntegra la acción contra el garante; íntegra por el importe entero de la deuda, hasta nada sea cobrado al concordatario; íntegra por la parte residual, cuando sea comenzado a cobrar y después de cobrado el dividendo. Y así permanece íntegra la acción hipotecaria contra el garante real, si bien no personalmente obligado, y también contra el tercero poseedor. El coobligado o garante que paga entra por la suma pagada, en el derecho del acreedor al dividendo; pero agotado este, ni siquiera el garante tiene más derecho de hacer valer contra el concordatario alguna acción por aquello que ha pagado de más del importe del dividendo. No ya que no opere también en este caso la subrogación legal, la subrogación del garante en los derechos y en la posición del acreedor; sino que falta precisamente al acreedor, por efecto del concordato, la acción por la parte remitida, y *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Ni el garante puede imputarle a culpa de esta pérdida de derechos, que no procede de un hecho de aquél, sino de la masa, es decir, de un ente colectivo, del cual el garante mismo forma parte.²¹⁵

²¹⁵ “Il concordato giudiziale vero e proprio, cioè obbligatorio, ha questo di speciale, che non opera l’estinzione perfetta del debito del fallito e non limita i suoi effetti ai creditori stipulanti. Esso presuppone la presenza d’un ente collettivo (massa concorsuale) entro cui le singole volontà individuali restano assorbite e vincolate anche loro malgrado. È questo ente collettivo che pattuisce col fallimento la rimessione parziale del debito. Per ciò stesso questa pattuizione non può equipararsi a una rimessione volontaria da parte dei singoli creditori, capace di produrre l’estinzione del rispettivo rapporto di credito. È piuttosto una specie di constatazione legale che fa la massa dell’impossibilità in cui si trova il debitore di pagare al di là di quella misura. Ed il suo effetto è quello di un semplice personale pactum de non petendo, che limita ai creditori concorsuali l’esercizio dell’azione a quel dato importo, ma non toglie di mezzo il vincolo obbligatorio. A tutti i creditori concorsuali, perché tutti sono compresi nella massa, e non soltanto agli assenzienti al concordato, né soltanto a coloro che divennero concorrenti e parteciparono allo svolgimento della procedura fallimentare; quindi anche ai creditori di regresso. Ciò spiega l’apparente deroga ai due principi del diritto civile in tema di coobbligati, consacrati l’uno negli art. 1281, 1282, l’altro nell’art. 1928. Non è che questi articoli siano derogati in caso de concordato; è piuttosto che non trovano applicazione. Infatti se non v’è saldo, né remissione volontaria del debito, è naturale che non resti impedita dal concordato l’azione verso i coobbligati. Se anche il concordatario è debitore principale, resta integra l’azione contro il fidejussore; integra per l’intero importo del debito, finché nulla siasi riscosso dal concordatario; integra per la parte residuale, quando siasi incominciato ad incassare e dopo incassato il dividendo. E così resta integra l’azione ipotecaria contro il fidejussore reale, sebbene non personalmente coobbligato, ed anche contro il terzo possessore. Il coobbligato o fidejussore che paga subentra, per la somma pagata, nel diritto del creditore sul dividendo; ma esaurito questo, nemmeno il fidejussore ha più diritto di far valere verso il concordatario alcuna azione per ciò che ha pagato in più dell’importo del dividendo. Non già che non s’operi anche in questo caso il subingresso legale, la surrogazione del fidejussore nei diritti e nella posizione del creditore; ma gli è che manca appunto anche al creditore, per effetto del concordato, l’azione per la parte rimessa, e *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Nè il fidejussore può imputargli a colpa questa menomazione di diritti, che non procede dal fatto di lui, ma bensì della massa, cioè di un ente collettivo, di cui egli stesso, fidejussore, fa parte” Bonelli, Gustavo, *Op. Cit.*, vol. 2, p. 494.

Ramella señala:

Finalmente, los derechos de los acreedores por los cuales o contra los cuales el concordato es eficaz permanecen inalterados en las relaciones con los codeudores o garantes del quebrado o con quienes, incluso no siendo obligados personalmente, hayan constituido una prenda o hipoteca en garantía de obligaciones del quebrado.

Contra los mismos puede proponerse la acción por el crédito entero. Sólo debe deducirse la suma que el quebrado hubiese ya pagado antes de la apertura de la quiebra.

No podría hacerse valer la excepción que la remisión por efecto del concordato importa una remisión voluntaria en ventaja de los codeudores o garantes ... porque la remisión tiene lugar en exclusivo favor del quebrado no de los coobligados, y porque el concordato no es una transacción sobre créditos individuales.

La exclusión de dicha excepción se apela a lo que, para garantizar la falta de pago por causa de la quiebra que los acreedores se revistieron de mayor cautela. Existe también una razón de oportunidad. Si el concordato ejercitase influencia aun sobre las obligaciones de los codeudores y garantes, verían los acreedores, garantizados por ellos, necesidad de rechazar cada concordato para mantener a salvo contra ellos sus propios derechos.

Ni por esto será lícito al garante o coobligado que pagó la totalidad, y sobre la base del art. 1915 cod. Civ., de dirigirse por el regreso contra el quebrado por la totalidad de la deuda pagada o por la parte excedente del porcentaje remitido ... de otra forma ningún beneficio resentiría el quebrado por el concordato, que, en el primer caso, si no paga la totalidad al acreedor, pagaría sin embargo siempre la totalidad entre los acreedores y garantes, en el segundo caso, el acreedor figuraría todavía al pasivo por suma superior a su importe ... desconociéndose así las condiciones del concordato.

Este resultado es consecuencia de las condiciones en las cuales se sometió el garante, y de la quiebra de la persona a la que ha garantizado. Y entonces, si los acreedores se someten a la pérdida por efecto de la remisión del concordato, es justo también que el garante, también acreedor del quebrado, si bien con derechos diversos de los primeros, corra una parte del riesgo.

Se comprende entonces como, por eso, no puedan ser admitidos al voto del concordato acreedor y garante al mismo tiempo, si no el crédito figuraría dos veces. El derecho de participar corresponde al acreedor, y al garante sólo cuando haya satisfecho integralmente el crédito y sea por tanto subrogado en las razones del acreedor. En este segundo caso se elude el peligro de remisiones muy elevadas a las cuales pueda ser inducido el acreedor, sabiendo que las consecuencias recaerán sobre el garante.²¹⁶

²¹⁶ *“infine, i diritti dei creditori pei quali o contro i quali il concordato è efficace rimangono inalterati nei rapporti loro coi condebitori o fideiussori del fallito o con chi, pur non personalmente obbligato, abbia costituito un pegno o ipoteca in garanzia di obbligazioni del fallito. Contro dei medesimi può proporsi l'azione per l'intero credito. Soltanto deve dedursi la somma che il fallito avesse già pagata prima dell'apertura del fallimento. Non potrebbe farsi valere l'eccezione che la remissione per effetto del concordato importi volontaria remissione a vantaggio dei condebitori o fideiussori ... poiché la remissione ha luogo a esclusivo favore del fallito non pur dei coobbligati, e perché il concordato non è una transazione sui singoli crediti. L'esclusione di detta eccezione s'appella a ciò, che è appunto per garantirsi dal mancato pagamento in causa di fallimento che i creditori si sono premuniti di maggiori*

Lyon-Caen & Renault señalan lo siguiente:

La remisión de la deuda conferida al deudor principal libera la garantía (art.1287, C. civ.). De otra forma, en razón de la acción que el garante, después de haber pagado, tendría contra el deudor principal, éste no se beneficiaría de dicha remisión. Adicionalmente, la remisión de la deuda implica la extinción completa de la obligación. En cambio, en caso de remisión hecha por un concordato, los acreedores conservan su derecho de actuar por el todo contra el garante del quebrado. Esta solución, prevista por el art. 545, C. com., es racional. Mientras un acreedor pida una garantía a su deudor comerciante, su objetivo es tener una garantía en caso de la quiebra de éste; sería extraño que, realizándose dicho evento, la garantía desaparezca. En adición, la garantía supone sin duda una obligación principal, pero es suficiente que dicha obligación sea una obligación natural. V. art. 2012, C. civ. El garante, permanece así obligado cuando ha pagado la porción de la deuda remitida por el concordato, no tiene recurso contra la quiebra del deudor principal, ni por la suma que ha pagado, ni tampoco por la parte de la suma equivalente a la porción sobre la cual el quebrado fue liberado ... de esto resulta que es el garante quien soporta la pérdida resultante de la remisión hecha en el concordato. No se debe, en consecuencia, admitir el voto del garante en el concordato? Evidentemente no es posible admitir a la vez al garante y al acreedor; porque entonces, el crédito figuraría en el concordato por el doble de su cuantía.²¹⁷

cautele. Vi è anche una ragione d'opportunità. Se il concordato esercitasse influenza pur sulle obbligazioni dei condebitori e fideiussori, verrebbero i creditori, garantiti da essi, necessitati a mandare a vuoto ogni concordato per mantenere salvi contro di loro i propri diritti.

Né per ciò sarà lecito al garante o coobbligato che pagò l'intero, e sulla base dell'art. 1915 cod. civ., di rivolgersi per regresso contro il fallito per l'intero debito sborsato o per la parte eccedente la percentuale stata rimessa diversamente nessun beneficio risentirebbe il fallito dal concordato, ché, nel primo caso, se non paga l'intero al creditore, pagherebbe però sempre l'integrale fra creditore e garanti, nel secondo, il credito figurerebbe tuttavia al passivo per somma superiore al suo importo ... disconoscendosi così le condizioni del concordato. Siffatto risultato è conseguenza delle condizioni in cui si è posto il fideiussore, e del fallimento della persona per cui ha garantito. E poi, se i creditori sottostanno a perdita per effetto della remissione del concordato, è pur giusto che il garante, anche esso creditore del fallito, sebbene con diritti diversi dai primi, corra una parte di rischio.

Si comprende poi come, ad onta di ciò, non possano ammettersi al voto pel concordato creditore e fideiussore ad un tempo, se non il credito figurerebbe due volte. Diritto di parteciparvi spetta al creditore, ed al fideiussore soltanto quando abbia soddisfatto integralmente il credito e sia quindi surrogato nelle ragioni del creditore. In questo secondo caso si ovvia al pericolo di troppo elevate remissioni cui possa indursi il creditore, sapendo che le conseguenze ricadranno sul garante. L'articolo 1910, n. 2, cod. civ., ammette il fideiussore, anche prima d'aver pagato, ad agire quando il debitore principale è fallito, e quindi ei può prodursi nel fallimento, ma è presupposto che il creditore non dichiari egli il suo credito, ciò che avverrà ben di spesso se sicuramente solvibile sia il fideiussore. Questi poi, anche concorrendo, non potrà conseguire dividendi se non provi d'aver pagato il creditore” Ramella, Agostino, Op. Cit., vol. 2, p. 273.

²¹⁷ *“La remise de dette accordée au débiteur principal libère la caution (art. 1287, C. civ.). Autrement, à raison du recours que la caution, après avoir payé, aurait contre le débiteur principal, celui-ci ne profiterait pas de cette remise. Du reste, la remise de la dette entraîne l'extinction complète de l'obligation. Au contraire, en cas de remise faite par un concordat, les créanciers conservent leur droit d'agir pour le tout contre la caution du failli. Cette solution, consacrée par l'art. 545, C. com., est rationnelle. Lorsqu'un créancier demande une caution à son débiteur commerçant, son but est d'avoir une garantie en cas de faillite de celui-ci ; il serait singulier que, cet événement se réalisant, la garantie disparût. Au surplus, le cautionnement suppose sans doute une obligation principale, mais il suffit que cette obligation soit une obligation naturelle. V. art. 2012, C. civ. La caution, qui reste ainsi obligée quand elle a payé la portion de la dette remise par le concordat, n'a pas de recours contre la faillite du débiteur principal, ni pour la somme qu'elle a déboursée, ni même pour la partie de cette somme équivalente à la portion dont le failli n'a pas été libéré. ... Il résulte de là que c'est la caution qui supporte la perte résultant de la remise faite par le concordat. Ne doit-on pas, par suite, admettre la*

Thaller señala:

Condición de los coobligados.- Las remisiones del concordato benefician a los coobligados del quebrado, de la persona en estado de suspensión de pagos? Un acreedor tiene a la vez un deudor principal y un garante. El garante permanece solvente, pero el deudor principal se va a quiebra. El acreedor se insinúa a dicha quiebra por el monto nominal de su derecho, el 100, y descarta la producción paralela de la garantía (art. 543). Después, un concordato (aquel en el cual haya o no haya participado el acreedor) otorga al quebrado una remisión del 75%. El derecho del acreedor frente al quebrado es reducido a 25. Se admite, sin embargo, que reclame el excedente al garante? Misma pregunta para el caso donde, de dos codeudores solidarios, uno se va a quiebra y obtiene un concordato. Si se siguieran las reglas de derecho civil sobre las remisiones de la deuda (artículo 1285 y 1287), la remisión concedida a uno de los codeudores solidarios liberaría a los otros, la remisión concedida al deudor principal liberaría al garante, sin que lo contrario sea verdadero, la liberación concedida al garante no libera al deudor principal. En qué medida estos principios deben aplicarse a las remisiones resultantes de un concordato de quiebra? Bajo el Código de comercio de 1807, se inclinaba hacia una solución poco favorable al mantenimiento de la garantía. Las remisiones beneficiaban a los codeudores y los liberaban en la misma proporción que la concordataria, pero solamente cuando los acreedores habían votado el concordato; en el otro caso, el acreedor conservaba su acción íntegra contra el coobligado. La redacción de 1838 asegura al acreedor una suerte mejor: art. 555 'No obstante el concordato, los acreedores conservan su acción por la totalidad de sus créditos contra los coobligados del quebrado'. Hoy entonces, el acreedor, en cualquier sentido que haya votado, no ha perdido su derecho de reclamar al garante el monto nominal de su crédito. La situación es la misma, si está en quiebra el garante o el codeudor solidario: el concordato no impedirá al acreedor de perseguir por el todo al deudor principal o a los otros coobligados.²¹⁸

Thaller continúa:

caution au vote du concordat ? Il n'est évidemment pas possible d'y admettre à la fois la caution et le créancier ; car alors, la créance figurerait au concordat pour un somme double de son montant" Lyon-Caen & Renault, Op. Cit., tomo VII, p. 580.

²¹⁸ *"Condition des coobligés. - Les remises du concordat profitent-elles aux coobligés du failli, de la personne en état de liquidation judiciaire ? Un créancier a à la fois un débiteur principal et une caution. La caution demeure solvable, mais le débiteur principal fait faillite. Le créancier s'inscrit à cette faillite pour le montant nominal de son droit, soit 100, et il écarte la production parallèle de la caution (art. 543). Ensuite un concordat (auquel le créancier participe ou ne participe pas) fait au failli remise de 75%. Le droit du créancier vis-à-vis du failli est ainsi tombé à 25. Est-il néanmoins admis à réclamer l'excédent à la caution ? même question pour le cas où, de deux codébiteurs solidaires, l'un fait faillite et obtient un concordat. Si l'on suivait les règles du droit civil sur la remise de la dette (article 1285 et 1287), la remise donnée à l'un des codébiteurs solidaires libérerait les autres, la remise consentie au débiteur principal libérerait la caution, sans que le contraire soit vrai, la décharge accordée à la caution ne libérant pas le débiteur principal. Dans quelle mesure ces principes doivent-ils s'appliquer aux remises résultant d'un concordat de faillite ? Sous le Code de commerce de 1807, on inclinait vers une solution peu favorable au maintien de la garantie. Les remises profitaient au codébiteur et elles le libéraient dans la même proportion que le concordataire, mais seulement lorsque le créancier avait voté le concordat ; dans l'autre cas, le créancier conservait son action intégrale contre le coobligé. La rédaction de 1838 assure au créancier un sort meilleur : art. 555 : 'Nonobstant le concordat, les créanciers conservent leur action pour la totalité de leurs créances contre les coobligés du failli'. Aujourd'hui donc, le créancier, en quelque sens qu'il ait été voté, n'a pas perdu de droit le réclamer à la caution le montant nominal de sa créance. La situation est la même, si la faillite frappe la caution ou un codébiteur solidaire : le concordat n'empêchera pas le créancier de poursuivre pour le tout le débiteur principal ou les autres coobligés" Thaller, Edmond, Op. Cit., p. 1267.*

La disposición que deja a los deudores solventes obligados a la deuda entera, a pesar de la liberación del concordato, procede de la teoría general de los coobligados: el artículo 455 deriva de los artículos 542 y 544. En efecto, un concordato no tiene otra finalidad que de fijar el dividendo de la quiebra: no hace falta aislar el procedimiento de donde deriva; es el resultado de la quiebra misma, como lo sería la fijación del dividendo de liquidación. Ahora bien la quiebra deja subsistir la deuda en su integralidad. Ésta procura solamente al quebrado la manera de salir de la solidaridad, mediante un precio que es el dividendo. Este dividendo, es el concordato quien lo liquida. Así por mucho tiempo que la quiebra siguiera su curso, los coobligados solventes permanecerían obligados por el todo; prueba evidente que la declaración de quiebra no había reducido la cifra de la obligación. Porqué dichos coobligados serían liberados, una vez que el concordato fuera votado y el dividendo consolidado? Esta es una disposición proveniente de un sentido opuesto al artículo 545 que sería ilógica. Sin duda, el garante es de compadecerse por no poder voltearse contra el quebrado concordatario, pero es un riesgo que ha consentido al asumir su obligación. Supo que no intervendría al concordato, que el acreedor figuraría sólo, excluyéndole de la misma, que el dividendo estipulado sería el límite de los compromisos nuevos del quebrado, de algún lado tuvo que partir la reclamación. Si la ley había atendido las remisiones en contra del, esto no podría ser que por temor de ver, con la solución contraria, al garante reclamar al quebrado el reintegro de la suma pagada por éste al acreedor, y el quebrado perder por dicha acción el beneficio concedido. Pero este temor sería vano: visto el efecto liberatorio del concordato para todos, igual frente a los acreedores que no lo hayan votado o que no lo podrían votar, el acuerdo vincula al garante como al acreedor. En estas condiciones, el derecho del codeudor de prevalerse de la remisión no tendría más razón de ser.²¹⁹

Para Bravard-Veyrières la excepción a la regla general aplica incluso cuando el acreedor signó el convenio concursal:

Cuando el acreedor no haya votado en el concordato, y, *a fortiori*, cuando haya votado en contra, se le consideraría como si hubiese cedido a una especie de fuerza mayor que no podría serle oponible al garante, y se le reconocería el derecho de exigir su pago integral ... cuando asimismo el acreedor hubiera asentido al concordato, se puede ver aquí una remisión en el sentido del art. 1287? El acreedor ha actuado espontáneamente, libremente? No, él no ha hecho sino ceder a la necesidad de la situación creada por la declaración de quiebra, situación de la cual no puede salir sino a través del concordato o la quiebra. Él no

²¹⁹ *“La disposition qui laisse les débiteurs solvables tenus de la dette entière, malgré la libération du concordat, procède de la théorie générale des coobligés : l'article 455 découle des articles 542 et 544 (n°1922). En effet, un concordat n'a d'autre but que de fixer le dividende de la faillite : il ne faut pas l'isoler de la procédure d'ensemble dont il est l'aboutissement ; il est la résultante de la faillite elle-même, comme le serait la fixation de dividende d'union. Or la faillite laisse subsister la dette dans son intégralité. Elle procure seulement au failli le moyen de sortir de la solidarité, moyennant un prix qui est le dividende. Ce dividende, c'est le concordat qui le liquide. Aussi longtemps que la faillite suivait son cours, les coobligés solvables demeuraient tenus pour le tout ; preuve évidente que le jugement déclaratif n'avait point réduit le chiffre de l'obligation. Pourquoi ces coobligés seraient-ils libérés, une fois le concordat voté et le dividende consolidé ? C'est une disposition statuant dans un sens opposé à l'article 545 qui serait illogique. Sans doute, la caution est à plaindre de ne pouvoir se retourner contre la faillite concordataire ; mais c'est un risque qu'elle a consenti à courir en s'obligeant. Elle a su qu'elle n'interviendrait pas au concordat, que le créancier y figurerait seul, en l'excluant elle-même, que le dividende stipulé serait la limite des engagements nouveaux du failli, de quelque côté que dût partir la réclamation. Si la loi avait entendu les remises à la caution, ce ne pouvait être que par crainte de voir, avec la solution contraire la caution réclamer au failli le remboursement de la somme versée par elle au créancier, et le failli perdre par ce circuit d'action le bénéfice du traité. Mais cette crainte serait vaine : vu l'effet libératoire du concordat pour tous, même vis-à-vis des créanciers qui ne l'ont pas voté ou qui ne pouvaient le voter, le traité lie la caution comme le créancier. Dans ces conditions, le droit pour le codébiteur de se prévaloir de la remise n'avait plus de raison d'être” Ibid., p. 1269.*

ha podido sino optar entre aquellas dos soluciones y terminaciones de la quiebra; y si ha preferido la primera, es porque le ha parecido menos desastrosa que la segunda: él ha creído que perdería menos si hubiera concordato que si hubiera quiebra. Él no ha tenido la intención de gratificar al deudor, él ha querido escapar a los inconvenientes de la quiebra. No hay por tanto nada aquí que se parezca al caso previsto por el art. 1287 del Código Civil, nada que constituya una remisión tal según la entiende dicho artículo. El acreedor, cuando asimismo haya votado en contra en el concordato, no sería por tanto privado de sus derechos contra el garante: porque él no ha buscado sino su interés, él no ha querido hacer una liberalidad; entonces, era de su mayor interés manifestar la conservación de sus derechos contra la garantía. Por otro lado, y ésta razón es perentoria, porqué el acreedor ha exigido una garantía, si no es para no exponerse, en caso de quiebra del deudor, a no ser pagado integralmente? De ahí que, privarlo de una parte de sus derechos contra el garante, sería privarlo de una garantía precisamente cuando se encuentra en el caso en vista del cual precisamente la ha estipulado; sería violar el contrato celebrado entre el acreedor y el garante.²²⁰

En el mismo sentido que Bravard-Veyrières, Ramella señala:

El acreedor que haya consentido un concordato a favor de uno de los codeudores solidarios no pierde el derecho de accionar por la totalidad de su crédito contra los otros coobligados (art. 792), no obstante, por derecho común (cod. civ. art. 1281), la remisión de deuda solidaria sin reserva libera también a los otros. La razón es que, si bien por efecto del concordato los acreedores renuncian a la parte del crédito de la cual se ha hecho remisión al deudor quebrado, es de notarse, sin embargo, que esta remisión, más que voluntaria y espontánea, es forzada, incluso de parte de los acreedores que consienten el concordato, encontrando imposible, por la situación de las cosas creadas por la quiebra, de obtener del quebrado el pago entero del crédito.²²¹

José María Moreno señala:

²²⁰ *“quand le créancier n’avait pas voté le concordat, et, à fortiori, quand il avait voté contre, on le considérait comme ayant cédé à une sorte de force majeure qui ne pouvait pas lui être opposée par la caution, et on lui reconnaissait le droit de demander son paiement intégral. ...quand même le créancier aurait consenti au concordat, est-ce qu’on peut voir là une remise dans le sens de l’art. 1287 ? Est-ce que le créancier a agi spontanément, librement ? Non : il n’a fait que céder à la nécessité de la situation créée par le jugement déclaratif, situation dont il ne peut sortir que par le concordat ou par l’union. Il n’a donc eu qu’à opter entre ces deux solutions et terminaisons de la faillite ; et s’il a préféré la première, c’est qu’elle lui a paru moins désastreuse pour lui que la seconde : il a cru qu’il perdrait moins s’il y avait concordat que s’il y avait union. Il n’a pas eu l’intention de gratifier le débiteur, il a voulu échapper aux inconvénients de l’union. Il n’y a donc rien là qui ressemble au cas prévu par l’art. 1287 du Code civil, rien qui constitue un remise telle que l’entend cet article. Le créancier, quand même il aurait voté le concordat, ne saurait donc été privé de ses droits contre la caution : car il n’a consulté que son intérêt, il n’a voulu faire aucune libéralité ; or, il était de son intérêt le plus manifeste de conserver ses droits contre la caution. D’ailleurs, et cette raison est péremptoire, pourquoi le créancier a-t-il exigé une caution, si ce n’est pour ne pas s’exposer, en cas de faillite du débiteur, à n’être pas payé intégralement ? Dès lors, le priver d’une partie de ses droits contre la caution, ce serait le priver d’une garantie précisément quand il se trouve dans le cas en vue duquel il l’a stipulée ; ce serait violer le contrat intervenu entre le créancier et la caution”* Bravard-Veyrieres, *Op. Cit.*, tomo V, p. 438-440.

²²¹ *“Il creditore che abbia acconsentito un concordato a favore d’uno dei condebitori in solido non perde il diritto d’agire per l’intero suo credito contro gli altri coobbligati (art. 792), nonostante, per diritto comune (cod. civ. art. 1281), la remissione di debito a favore d’un condebitore in solido senza riserva liberi eziandio gli altri. La ragione è che, sebbene per effetto del concordato i creditori rinuncino alla parte di credito della quale vien di tal modo fatta remissione al debitore fallito, è tuttavia a notare che questa remissione, più che volontaria e spontanea, è forzata, anche da parte dei creditori che acconsentono al concordato, trovando impossibile, per la situazione di cose create dal fallimento, d’ottenere dal fallito l’intero soddisfacimento del credito”* Ramella, Agostino, *Op. Cit.*, vol. 1, p. 102.

... la remisión concedida en el concordato a uno de ellos no aprovecha ni liberta a los demás. La razón de esta excepción al principio general, es que la remisión hecha al fallido en el concordato, no es voluntaria, ni concedida con la intención de hacer mejor su condición y procurarle una liberación propiamente dicha, sino al contrario forzada y con el único objeto de procurarle el medio de pagar más fácilmente la suma a que queda reducida la cantidad primitiva. El concordato supone menos una verdadera remisión que una especie de constatación legal de la imposibilidad en que se encuentra el deudor de pagar más de cierta cantidad; y es claro que esta imposibilidad o esta insolvencia relativa no puede perjudicar el derecho del acreedor, contra el coobligado o el fiador, porque ese derecho existe precisamente en la previsión de no ser pagado íntegramente, cualquiera que sea la causa de la insolvencia y el modo como se pruebe.

... ..

Pero no sólo no aprovecha la remisión a los coobligados y fiadores, sino que tampoco pueden repetir del fallido lo que hayan pagado, a más de la cantidad estipulada en el concordato; porque en cuanto al fallido, el dividendo determinado en el concordato, representa la totalidad de la deuda; de manera que, cuando ha pagado ese dividendo, a nadie debe; ni al acreedor que le ha hecho remisión del resto, ni al fiador o coobligado que ha pagado la cantidad remitida, y que no puede obligar al fallido a que dos veces pague la misma deuda.²²²

3.10.1. Consecuencias de la excepción a la regla general.

Las consecuencias de la excepción a la regla general podría producir injusticia frente a los acreedores que sí suscribieron el convenio concursal, tal y como se demuestra del siguiente ejemplo.

Existe un deudor cuyo patrimonio asciende a treinta millones de pesos y cuenta con un pasivo de trescientos millones de pesos distribuido equitativamente entre diez acreedores comunes, es decir, cada acreedor tiene un crédito de treinta millones de pesos. Atendiendo a que de dictarse la quiebra y liquidarse el patrimonio del deudor, cada acreedor no recibiría más que tres millones de pesos, la mayoría de los acreedores comunes conviene en hacer una quita del noventa por ciento de su crédito y únicamente recibir el diez por ciento del mismo, esto es, los tres millones de pesos. Sin embargo, uno de los diez acreedores comunes que no signaron el convenio, cuenta con un obligado solidario del concursado, contra el cual decide cobrar el cien por ciento de su crédito. Entonces, partiendo de la premisa que el obligado solidario no podría oponer la excepción de quita que fue concedida en el convenio concursal del concursado, aquél tendría que pagarle al acreedor los treinta millones de pesos de su crédito. La situación injusta se presenta de la siguiente manera.

El obligado solidario que paga la deuda de su codeudor, se subroga en los derechos del acreedor. Así lo señala el último párrafo del artículo 1999 del Código Civil Federal en cuanto a que *“en la medida que un deudor solidario satisface la deuda, se subroga en los derechos del acreedor”*. Siguiendo el ejemplo, el obligado solidario que no pudo oponer la excepción de quita concursal y que pagó el cien por ciento de la deuda al acreedor, tendrá ahora derecho de repetir en contra del concursado por el equivalente, salvo pacto en contrario, a la mitad de lo que pagó.²²³ Así, el obligado solidario se convertirá

²²² Moreno, José María, *Op. Cit.*, pp. 147-149.

²²³ Segundo párrafo del artículo 1999 del Código Civil Federal: *“Salvo convenio en contrario, los deudores solidarios están obligados entre sí por partes iguales”*.

ahora en acreedor del concursado por la cantidad de quince millones de pesos, sin embargo, este nuevo acreedor ya no sufrirá el riesgo de la concursabilidad ni de la colectivización de la pérdida, pues tendrá para sí y sólo para sí el patrimonio del deudor valioso por treinta millones de pesos, siguiendo en el ejemplo propuesto. Esto es, mientras que los acreedores por causa anterior al convenio, estuvieron obligados a recibir únicamente tres millones de los treinta que se les debía, esto es, el diez por ciento de su crédito, el obligado solidario subrogado en los derechos de uno de los referidos acreedores ahora recibirá el cien por ciento de su crédito, no obstante que el título de su crédito consiste en la subrogación por pago de una obligación solidaria y la obligación solidaria es anterior al convenio, esto es, el obligado solidario subrogado sigue siendo un acreedor por causa anterior al convenio.

Pero también la injusticia podría sufrirla el codeudor mismo. Al preguntarnos ¿qué pasa con los co-responsables de la deuda del concursado que pagan la deuda?, Rocco nos señala lo siguiente:

Se pregunta ahora, si el garante o coobligado, que ha pagado en la totalidad la cantidad del crédito, tuviese derecho de regreso contra el quebrado por la sola parte del crédito no remitida en el concordato: o, si, habiendo pagado también la parte remitida, pudiese, por esta última, dirigirse contra el quebrado.

Ha sido sostenido que el regreso comprende también la suma pagada en exceso del porcentaje pactado en el concordato: y se ha afirmado incluso que del quebrado pudiese repetirse toda la cantidad pagada en exceso del porcentaje.

Sobre el error de esta última afirmación no hay necesidad de insistir. Dado incluso que el regreso correspondiera también por la suma pagada en exceso del porcentaje, no derivaría nunca que esta suma debiese ser pagada integralmente por el quebrado concordatario.

El garante o coobligado que paga, aun cuando tiene derecho de regreso contra el quebrado, no es menos por esto subordinado a la ley de la quiebra y del concordato, y no puede ciertamente sustraerse a la regla del art. 840, que hace obligatorio el concordato por todos los acreedores previstos o no previstos en el balance, sean o no sean verificados sus créditos.

Sería, en realidad, incluso absurdo que el garante o coobligado, el cual, se hubiera pagado antes del concordato, o también, antes de la quiebra, y que no hubiera tenido derecho que al porcentaje concordatario sobre el crédito entero, debiese ver mejorada la propia condición porque pagó después del concordato!

Nosotros creemos sin embargo que tampoco sobre deducción del porcentaje remitido en el concordato, pueda el garante o coobligado pedir al quebrado el pago de las sumas por él pagadas por la parte del crédito no remitida: esto es que ninguna acción de regreso les es concedida por esto que ha pagado en exceso del porcentaje pactado en el concordato.

El derecho común, indudablemente, concede al coobligado o garante, que paga, el regreso contra el deudor principal (art. 1253 num. 3 y 1915, 1916 Cod. civ.).

Pero esta regla, lejos de sufrir una excepción, no puede tener lugar, respecto a la parte del crédito remitida en el concordato que el garante, a pesar del concordato, está obligado todavía a pagar, por el art. 792 Cod. comm.

La regla del derecho civil, no puede aplicarse por una razón fundamental y muy simple: el crédito del garante contra el deudor principal no surge por la primera vez al momento del pago; sino ya existía como crédito condicionado desde cuando la garantía fue constituida.

Como crédito, sea incluso condicional, pero anterior a la declaración de quiebra, no puede ser afectado por la reducción concordataria: el art. 840 lo dice claramente.

Ahora el crédito que de condicionado deviene incondicionado por el pago, no puede devenirlo con un contenido diverso: y si de crédito condicionado era sujeto a la reducción del concordato, lo será incluso cuando deviene incondicionado.

Que si la condición, esto es el pago, se verifica sólo por la parte del crédito remitida, ello no basta para hacer tornar en vida una parte del crédito que fue extinto, o mejor dicho, transformado en natural desde cuando era condicionado: por efecto del concordato la parte del crédito condicionado excedente del porcentaje, era ya convertido, de civil, a simplemente natural: el verificarse de la condición lo puede transformar de natural condicionadamente en natural incondicionadamente: no ya de natural en civil.

Peor aún si se niega también la obligación natural: extinto del todo el crédito condicionado por la parte excedente del porcentaje, ninguna verificación de condición lo puede hacer resurgir en vida.

No se puede tampoco hablar de cumplimiento de la condición por un crédito que no existe ni siquiera como condicionado, porque ya fue extinto cuando era condicionado.

Más allá de esta razón fundamental, otros confrontan nuestra opinión:

a) el deudor, cuyo débito está garantizado por un garante, no tiene ya contemporáneamente dos deudas, una contra el acreedor y la otra contra el garante: sino que tiene una única deuda: la cual actualmente está contra el acreedor y eventualmente, es decir condicionado al pago del acreedor por parte del garante, contra el garante.

Ahora en la quiebra tenemos esta particularidad: que, cualquiera que sea el monto del anticipo dado por el garante al acreedor después de la quiebra, éste tiene siempre el derecho de figurar en el pasivo de la quiebra como acreedor del total, excluyendo al garante (art. Art. 789, 790, 791), hasta cuando el garante no haya integralmente pagado.

Esto significa que del crédito único en la quiebra dispone o sólo el acreedor (hasta el pago integral del garante) o sólo el garante (después del pago integral). Pero cualquiera figura como acreedor en el pasivo y vota en la deliberación de la quiebra, sea el acreedor o el garante, es verdad siempre que el crédito es único.

Ahora porque el concordato no es más que una liquidación privada que sustituye a la liquidación forzada y judicial de la quiebra, en la cual viene determinado el dividendo a asignarse a cada crédito, es claro que un mismo crédito, por estar garantizado, no puede ser calculado más de una vez en la asignación del dividendo.

Si se aceptase el regreso al garante por la parte no remitida que debe pagar, en vez de un crédito tendremos dos: uno por el monto total del crédito originario perteneciente al acreedor: y uno por la cantidad de la parte no remitida, perteneciente al garante.

b) Por el derecho común, el regreso del garante comprende todo aquello que aquél ha pagado en relación a la garantía concedida, pero el presupuesto de esta regla es que la obligación del garante se extiende tanto cuanto se extiende la obligación del deudor principal.

En el derecho común, dado el carácter accesorio de la garantía, no puede darse que el garante como tal deba más que el deudor principal: de ahí las reglas de los art. 1282 y 1281 Cod. civ., por las cuales la remisión o liberación convencional concedida al deudor principal, libera a los garantes, y la remisión hecha por el acreedor a uno de los codeudores solidarios, produce, aunque con algunas reservas, liberación de los otros codeudores por la parte de la cual fue hecha la remisión.

Esto no ocurre en el concordato. En el concordato existe esta propia condición de hecho: un deudor que no debe (al menos civilmente) pagar la parte del crédito remitida: y un garante que permanece obligado. En esta particular condición la regla general no existe: la obligación del garante se extiende más allá de aquello que se extiende la obligación del deudor; y por tanto también el regreso no puede comprender más que la parte por la cual el deudor principal permanece obligado.

c) Si el quebrado, después del concordato, estuviese obligado contra el garante por la parte remitida del crédito, aun pagándola con moneda de concordato, se repetiría la absurda posición que habíamos ya encontrado. El garante, el cual, si hubiese pagado antes del concordato no habría tenido derecho sino al porcentaje concordatario sobre el entero del crédito, sólo porque paga después del concordato, obtendría un doble porcentaje: aquel sobre el entero del crédito y aquel sobre la parte remitida.

d) No existiría el objetivo del concordato, que es aquel de restablecer el equilibrio en el patrimonio del deudor, si este fuese todavía obligado en contra del garante por la parte remitida. O mejor, sería necesaria una reducción mayor, que permitiese al quebrado pagar al acreedor y al garante. Pero la reducción debiendo, por ley de la igualdad, ser repartida entre todos los acreedores, se crearía, en perjuicio de los otros acreedores, una posición privilegiada en la quiebra al acreedor garantizado por el garante, el cual figurando dos veces, obtendría un porcentaje más elevado de aquel de los otros acreedores, es decir se transformaría el crédito garantizado por el garante en una especie de crédito privilegiado. La subrogación entonces del garante por la parte remitida del crédito no puede tener que ver con la acción por el pago que el acreedor ya no tiene: está limitada necesariamente a la obligación natural, que subsiste después del concordato.²²⁴

²²⁴ “Si domanda ora, se il fideiussore o coobbligato, che ha pagato fino a concorrenza dell'intero ammontare del credito, abbia diritto di regresso verso il fallito per la sola parte del credito non rimessa nel concordato: oppure, se, avendo pagato anche la parte rimessa, possa, per quest'ultima, rivolgersi contro il fallito. È stato sostenuto che il regresso riguarda anche la somma pagata in più della percentuale pattuita nel concordato: e si è affermato perfino che dal fallito potesse ripetersi tutta la somma pagata in più della percentuale. Sull'errore di questa ultima affermazione non c'è bisogno di insistere. Dato pure che il regresso spettasse anche per la somma pagata in più della percentuale, non ne deriverebbe mai che questa somma dovesse essere pagata integralmente dal fallito concordatario. Il fideiussore o coobbligato che paga, anche quando ha diritto di regresso verso il fallito, non è meno per questo sottoposto alla legge del fallimento ed al concordato, e non può certo sottrarsi alla regola dell'art. 840, che rende obbligatorio il concordato per tutti i creditori portati e non portati in bilancio, siano o non siano verificati i loro crediti. Sarebbe, in realtà, addirittura assurdo che il fideiussore o coobbligato, il quale, se avesse pagato prima del concordato, o anche, prima del fallimento, non avrebbe avuto diritto che alla percentuale concordataria sull'intero credito, dovesse veder migliorata la propria condizione perché pagò dopo il concordato! Noi crediamo però che neanche sotto deduzione della percentuale rimessa nel concordato, possa il fideiussore o coobbligato chiedere al fallito il pagamento delle somme da lui sborsate per la parte del credito non rimessa: vale a dire che nessuna azione di regresso gli è conceduta per ciò che ha pagato in più della percentuale pattuita nel concordato.

Il diritto comune, indubbiamente, concede al coobbligato o fideiussore, che paga, il regresso contro il debitore principale (art. 1253 num. 3 e 1915, 1916 Cod. Civ.).

Ma questa regola, meno che soffrire una eccezione, non può aver luogo, rispetto alla parte di credito rimessa nel concordato che il fideiussore, malgrado il concordato, è obbligato tuttavia a pagare, per l'art. 792 Cod. Comm. La regola del diritto civile, non può applicarsi per una ragione fondamentale ed assai semplice: Il credito del fideiussore contro il debitore principale non sorge per la prima volta al momento del pagamento, ma già esisteva come credito condizionato fin da quando la fideiussione fu costituita. Come credito, sia pure condizionato, ma anteriore alla dichiarazione di fallimento, non può non essere colpito alla riduzione concordataria: l'art. 840 lo dice chiaramente. Ora il credito che da condizionato diviene incondizionato per il pagamento, non può divenirlo con un contenuto diverso: e se da credito condizionato era soggetto alla riduzione del concordato, lo sarà pure quando diviene incondizionato. Che se la condizione, cioè il pagamento, si verifica solo per la parte di credito rimessa, ciò non basta a far tornare in vita una parte di credito che fu estinto, o meglio, trasformato in naturale fin da quando era condizionato: per effetto del concordato la parte del credito condizionato eccedente la percentuale, era già divenuto, da civile semplicemente naturale: il verificarsi della condizione lo può trasformare da naturale condizionatamente in naturale incondizionatamente: non già da naturale in civile. Peggio ancora se si nega anche l'obbligazione naturale: estinto del tutto il credito condizionato per la parte eccedente la percentuale, nessun verificarsi di condizione lo può far risorgere in vita. Non si può neanche parlare di avveramento della condizione per un credito che non esiste neppure come condizionato, perché già fu estinto quando era condizionato.

Oltre a questa ragione fondamentale, altre confortano la nostra opinione:

a) Il debitore, il cui debito è garantito da una fideiussione, non ha già contemporaneamente due debiti, uno verso il creditore e l'altro verso il fideiussore: ma ha un unico debito: il quale attualmente è verso il creditore ed eventualmente, cioè condizionato al pagamento del creditore da parte del fideiussore, verso il fideiussore. Ora nel fallimento noi abbiamo questa particolarità: che, qualunque sia l'ammontare degli acconti dati dal fideiussore al creditore dopo il fallimento, questi ha sempre il diritto di figurare nel passivo del fallimento come creditore dell'intero, escludendo il fideiussore (arg. Art. 789, 790, 791), fino a quando il fideiussore non abbia integralmente pagato. Ciò significa che del credito unico nel fallimento dispone o soltanto il creditore (fino a integrale pagamento da parte del fideiussore) o soltanto il fideiussore (dopo il pagamento integrale). Ma chiunque figuri come creditore nel passivo e voti nelle deliberazioni del fallimento, sia il creditore o il fideiussore, è sempre vero che il credito è unico. Ora poiché il concordato non è che una liquidazione privata sostituita alla liquidazione forzata e giudiziale del fallimento, nella quale viene determinato il dividendo da assegnarsi a ciascun credito, è chiaro che uno stesso credito, sol perché garantito da un fideiussore, non può essere calcolato più di una volta nell'assegnazione del dividendo. Se si accordasse il regresso al fideiussore per la parte non rimessa che ha dovuto pagare, invece di un credito ne avremmo due: uno dell'ammontare totale del credito originario spettante al creditore: ed uno dell'ammontare della parte non rimessa, spettante al fideiussore.

b) Per il diritto comune, il regresso del fideiussore comprende tutto ciò che egli ha pagato in dipendenza della fideiussione prestata, ma il presupposto di questa regola è che l'obbligazione del fideiussore si estende tanto quanto si estende l'obbligazione del debitore principale. Nel diritto comune, dato il carattere accessorio della fideiussione, non può darsi che il fideiussore come tale debba più del debitore principale: donde le regole degli art. 1282 e 1281 Cod. civ., per le quali la rimessione o liberazione convenzionale accordata al debitore principale, libera i fideiussori, e la rimessione fatta dal creditore ad uno dei condebitori in solido, produce, malgrado qualsiasi riserva, liberazione degli altri condebitori per la parte di colui al quale fu fatta la rimessione. Ciò non è nel concordato. Nel concordato si ha proprio questa condizione di fatto: un debitore che non è più tenuto (almeno civilmente) a pagare la parte di credito rimessa: ed un fideiussore che permane obbligato. In questa particolare condizione la regola generale vien meno: la obbligazione del fideiussore si estende più di quello che si estenda l'obbligazione del debitore; e quindi anche il regresso non può comprendere che la parte, per cui il debitore principale rimane obbligato.

c) Se il fallito, dopo il concordato, fosse tuttavia tenuto verso il fideiussore per la parte rimessa del credito, sia pure da pagarsi con moneta di concordato, si ripeterebbe l'assurda posizione, che abbiamo già rilevato. Il fideiussore, il quale, se avesse pagato prima del concordato, non avrebbe avuto diritto che alla percentuale concordataria sull'intero credito, sol perché paga dopo il concordato, otterrebbe una doppia percentuale: quella sull'intero credito e quella sulla parte rimessa.

d) Verrebbe meno lo scopo del concordato, che è quello di ristabilir l'equilibrio nel patrimonio del debitore, se questi fosse ancora tenuto verso il fideiussore per la parte rimessa. O meglio, sarebbe necessaria una riduzione maggiore, che permettesse al fallito di pagare creditore e fideiussore. Ma la

Albert Wahl lo argumenta como sigue:

La consideración que justifica la ley, es que la garantía es precisamente exigida para la hipótesis en donde el deudor fuera insolvente. Ahora bien, la quiebra demuestra la insolvencia. Y en el caso sobretodo donde el deudor principal haya sido comerciante durante su compromiso, es para tener un responsable en el caso de la quiebra que sus acreedores han sin duda hecho intervenir a un garante. Admitimos que el garante que ha tenido que pagar la suma sobre la cual el quebrado ha obtenido la remisión, no tiene regreso contra este último. Si fuera de otro modo, se dice, el quebrado tendría que pagar una suma superior al dividendo.²²⁵

Habiendo analizado la figura de los acreedores condicionales y de si operan o no los beneficios del concordato a favor de los coobligados del concursado, podemos hacer la siguiente tabla de hipótesis para ponderar los beneficios y perjuicios que cada hipótesis ocasiona y así poder hacer una decisión.

Hipótesis	Consecuencia	Beneficiado	Perjudicado
El coobligado sí puede oponer frente al acreedor los beneficios del concordato.	Pierde toda razón de ser la garantía, real o personal.	El coobligado, pues sólo va a pagar al acreedor lo que pueda repetir contra el deudor. El deudor concursado, pues con un sólo pago, al acreedor principal o al acreedor de regreso, podrá liberarse de su deuda.	El acreedor, pues de nada le sirvió que su crédito tuviera varios obligados al pago si por el concurso de uno de ellos deberá de soportar el pago en moneda de quiebra.

riduzione dovendo, per la legge di uguaglianza, essere ripartita fra tutti i crediti, si creerebbe, a tutto danno degli altri creditori, una posizione privilegiata, nel fallimento, al credito garantito da fideiussione, il quale, figurando due volte, otterrebbe una percentuale assai più elevata di quella degli altri crediti, ossia si trasformerebbe il credito garantito da fideiussione in una specie di credito privilegiato.

La surroga adunque del fideiussore per la parte rimessa del credito non può riguardare l'azione per il pagamento che il creditore non ha più: è limitata necessariamente alla obbligazione naturale, che pesa dopo il concordato” Rocco, Alfredo, Il concordato ... Cit., p. 526.

²²⁵ *“La considération qui justifie la loi, c’est que la caution s’est précisément engagée pour l’hypothèse où le débiteur serait insolvable. Or, la faillite démontre l’insolvabilité. Et dans le cas surtout où le débiteur principal était déjà commerçant lors de son engagement, c’est pour avoir un répondant dans le cas de faillite que ses créanciers ont sans doute fait intervenir une caution. On admet que la caution qui a dû payer la somme dont le failli a obtenu la remise n’a pas de recours contre ce dernier. S’il en était autrement, dit-on, le failli aurait à payer une somme supérieure au dividende” Wahl, Albert, Op. Cit., p. 999.*

Hipótesis	Consecuencia	Beneficiado	Perjudicado
El coobligado no puede oponer frente al acreedor los beneficios del concordato.	El derecho de regreso que le asiste al coobligado únicamente lo podrá ejercitar en contra del deudor por el monto del concordato, a pesar de haber pagado al acreedor la totalidad del crédito.	El acreedor principal, pues a pesar de que el pago en moneda de quiebra del deudor principal no satisfizo la totalidad del crédito, pudo dirigirse en contra del coobligado para satisfacer la totalidad del mismo.	El coobligado, pues es él quien tendrá que soportar al final de cuentas la pérdida generada por la insolvencia del deudor principal, ya que habrá de pagar la totalidad de la deuda sin poder ejercer su derecho de regreso más que por la cantidad señalada en el concordato.

Para Rocco y Thaller, en los textos copiados con anterioridad, alguien tiene que perder y ese alguien lo será el coobligado. Es labor de los operadores jurídicos, vengan de la doctrina, de los jueces o del legislador, encontrar una solución jurídica que proteja tanto al coobligado como al acreedor principal.

4.- EL CONVENIO CONCURSAL EN LA ETAPA DE QUIEBRA.

Si un comerciante persona moral no logra conseguir un convenio concursal preventivo de la quiebra o inicia su concurso mercantil directamente en etapa de quiebra, liquidará sus deudas hasta donde alcance su patrimonio y, probablemente, habrá de disolverse. En cambio, en el caso de un comerciante persona física no puede decirse lo mismo con igual facilidad. Esto es, una persona física no dejará de existir, no perderá la vida, por el hecho de que no logre hacer el pago de sus deudas hasta donde alcance su patrimonio y puede ser el caso de que su esperanza de vida no le alcance para generar recursos para hacer el pago de sus acreedores.

En nuestro Derecho Positivo no existe, como lo existe en los Estados Unidos de América, la institución del *discharge* (remisión). Este procedimiento de *discharge* (remisión) se ideó para el deudor persona física, bajo el argumento de que no sería justo que una persona física dedique toda su vida a pagar sus deudas, por lo que en consecuencia determinadas deudas habrán de remitirse. Este procedimiento de *discharge* no sería utilizado por el deudor persona moral, pues la persona moral no tiene vida propia y, de no lograr el pago de sus deudas y no poder lograr un convenio de reorganización, simplemente se pondría en liquidación y dejaría de existir. Elizabeth Warren señala:

porque los seres humanos no pueden ser terminados de la manera en la que pueden las personas morales, la quiebra de la persona física está orientada hacia la rehabilitación económica del deudor. Hay pocas razones para continuar con la vida de un negocio que no puede generar ganancias, pero no hemos llegado todavía al día en donde podamos decir lo mismo respecto de una familia.²²⁶

Bajo la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos el convenio concursal era tanto preventivo de la quiebra como restaurativo de la misma. La Ley de Concursos Mercantiles suprimió la posibilidad de terminar un concurso mercantil en etapa de quiebra mediante convenio. En la reforma a la Ley de Concursos Mercantiles publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de Diciembre de 2007, se incluyó la posibilidad de terminar el concurso mercantil en etapa de quiebra mediante convenio, sin embargo dicho convenio debería ser totalitario²²⁷. No fue sino hasta la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Enero de 2014 cuando se incluyó el convenio concursal restaurativo de la quiebra.²²⁸

²²⁶ “Because human beings cannot be terminated the way corporate entities can, consumer bankruptcy is far more oriented toward economic rehabilitation of the debtor. There is little reason to continue the life of business that cannot turn a profit, but we have not yet reached the day when we would say the same about a family”, Warren, Elizabeth, *Chapter 11: reorganizing American businesses*, Wolters Kluwer, E.U.A., 2008, p. 3.

²²⁷ Artículo 262.- El juez declarará concluido el concurso mercantil en los siguientes casos: V. En cualquier momento en que lo soliciten el Comerciante y la totalidad de los Acreedores Reconocidos

²²⁸ Artículo 262.- El juez declarará concluido el concurso mercantil en los siguientes casos: V. En la etapa de quiebra, cuando se apruebe un convenio por el Comerciante y los Acreedores Reconocidos que representen las mayorías que refiere el artículo 157 de la Ley y el convenio prevea el pago para todos los Acreedores Reconocidos, inclusive para los que no hubieren suscrito el convenio,

El problema que nos vuelve a dejar el legislador es ¿qué se entiende por “prever el pago”? En el artículo 153 de la Ley de Concursos Mercantiles, para el convenio concursal preventivo de la quiebra exige que el convenio prevea el pago para ciertos acreedores reconocidos. En la fracción V del artículo 262 de la Ley de Concursos Mercantiles exige que sea prevea el pago, no para ciertos acreedores reconocidos, sino para todos.

Finalmente, debemos tener presente que aún no se ha resuelto el problema de la quiebra del comerciante persona física que habrá de dedicar toda su vida al pago de sus deudas.

Bajo el nuevo paradigma constitucional y convencional en nuestro país, prohibida la explotación del hombre por el hombre, que ha dado fruto en la prohibición de intereses usuarios, podría elaborarse un argumento en el mismo sentido. Esto es, atendiendo a que de permitir que una persona física dedique toda su vida al pago de sus deudas, estaría siendo explotada por su acreedor, es decir, una explotación del hombre por el hombre. Por tanto, en respeto a los derechos humanos del deudor persona física, habría de otorgársele, por una sola vez si quiera, el derecho de ser remitido de sus deudas en cierta proporción con el valor de los bienes de su propiedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Apodaca y Osuna, Francisco, *Presupuestos de la quiebra*, Stylo, México, 1945.
- Ascarelli, Tullio, *Derecho mercantil*, trad. Felipe de J. Tena, Porrúa, México, 1940.
- Ascoli, Prospero, *La moratoria ed il concordato preventivo*, Editore-Librajo Della Real Casa, Italia, 1896.
- Azzolina, Umberto, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, UTET, Italia, 1961.
- Baird, Douglas y Jackson, Thomas, *Cases, problems and materials on bankruptcy*, Little, Brown and Company, E.U.A., 1990.
- Bédarride, Jassuda, *Traité des faillites et banqueroutes*, Durand Libraire, Francia, 1862.
- Bolaffio, Leon, *Derecho Comercial, de la Quiebra*, trad. Jorge Rodríguez Aime y Santiago Sentís Melendo, EDIAR, Argentina, 1954.
- Bonelli, Gustavo, *Del fallimento*, Dottor Francesco Vallardi, Italia, 1938.
- Bonfanti, Mario Alberto y Garrone, Jose Alberto, *Concursos y quiebra*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1990.
- Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones*, Porrúa, México, 1997.
- Boulay-Paty, P.S., *Traité des faillites et banqueroutes*, Videcoq, fisl Ainé, Francia, 1849.
- Bravard-Veyrieres, *Traité de droit commercial*, Chevalier-Marescq, Francia, 1891.
- Brunetti, Antonio, *Tratado de quiebras*, trad. Joaquín Rodríguez Rodríguez, Porrúa, México, 1945.
- Candian, Aurelio, *Il processo di concordato preventivo*, CEDAM, Italia, 1937.
- Candian, Aurelio, *Il processo di fallimento*, CEDAM, Italia, 1939.
- Casadío Martínez, Claudio Alfredo, *Créditos con garantía real en los concursos*, Astrea, Argentina, 2004.
- Cuzzi, Manuel y Cicu, Antonio, *Derecho Comercial, de la Quiebra*, trad. Jorge Rodríguez Aime y Santiago Sentís Melendo, EDIAR, Argentina, 1954.
- D'Avack, Carlo, *La natura giuridica del fallimento*, CEDAM, Italia, 1940.
- De Semo, Giorgio, *Diritto fallimentare*, Casa Editrici del Dott. Carlo CYA, Italia, 1948.
- De Pina Vara, Rafael, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, México, 1996.
- Varios, *Enciclopedia de Derecho Concursal*, Aranzadi, España, 2012.
- Estasén, Pedro, *Tratado de las suspensiones de pagos y de las quiebras*, REUS, España, 1899.

Fassi, Santiago C. y Gebhardt, Marcelo, *Concursos y quiebras*, Astrea, Argentina, 1997.

Garrigues, Joaquín, *Curso de derecho mercantil*, Porrúa, México, 1993.

Goode, Roy, *Principles of corporate insolvency law*, Sweet & Maxwell, Inglaterra, 2011.

Gonzalez Huebra, Pablo, *Tratado de quiebras*, La anticuaria, Argentina, 1889.

Guariglia, Alfonso, *Il concordato nel diritto italiano e straniero*, Luigi Pierro, Editore, Italia, 1892.

Jacquemont, André, *Droits des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, Francia, 2009.

Jackson, Thomas, *The logic and limits of bankruptcy law*, BeardBooks, E.U.A., 2001.

Lopez Cuberlo, Jorge, *Concepto y naturaleza del convenio en la suspensión de pagos*, BOSCH, España, 2000.

Lyon-Caen, Ch. y Renault, L., *Traité de droit commercial*, Librairie Cotillon, Francia, 1892.

Maldari, Luigi, *Il concordato preventivo ed i piccoli fallimenti*, Gius. Laterza & Figli, Italia, 1903.

Marti de Eixala, Ramón y Durán y Bas, Manuel, *Instituciones de derecho mercantil de España*, Sociedad general de publicaciones, España, 1911.

Massé, M.G., *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Guillaumin, Francia, 1844.

Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, trad. Santiago Sentís Melendo, EJEA, Argentina, 1955.

Moreno, José María, *Estudios sobre las quiebras*, Imprenta del Comercio del Plata, Argentina, 1864.

Moreno Cora, Silvestre, *Tratado de derecho mercantil mexicano*, Herrero Hermanos Sucesores, México, 1905.

Mousnier, *Traité du concordat en matière de faillite*, Chez Delhomme, Francia, 1855.

Navarrini, Humberto, *La Quiebra*, trad. Francisco Hernández Borondo, Reus, España, 1943.

Nigro, Alessandro y Vattermoli, Daniele, *Diritto della crisi delle imprese*, Il Mulino, Italia, 2009.

Pajardi, Piero, *Derecho concursal*, Depalma, Argentina, 1991.

Pallares, Eduardo, *Tratado de las quiebras*, Porrúa, México, 1937.

Pallares, Eduardo, *Diccionario de derecho procesal civil*, Porrúa, México, 2008.

- Pardessus, J.M., *Cours de droit comercial*, Garnery, Libraire, Francia, 1815.
- Provinciali, Renzo, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano Giuffre Editore, Italia, 1962.
- Ramella, Agostino, *Tratatto del fallimento*, Societa Editrice Libreria, Italia, 1904.
- Renouard, Augustin-Charles, *Traité des faillites et banqueroutes*, Guillaumin, Francia, 1857.
- Ripert, George, *Tratado elemental de derecho comercial*, trad. Felipe de Solá Cañizares, Tipografica editora argentina, Argentina, 1954.
- Rocco, Alfredo, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Fratelli Bocca Editori, Italia, 1902.
- Rocco, Alfredo, *Il fallimento teoria generale ed origine storica*, fratelli Bocca Editori, Italia, 1917.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *Ley de quiebras y suspensión de pagos*, Porrúa, México, 1943.
- Rodríguez Rodríguez, Joaquín, *La separación de bienes en la quiebra*, Imprenta Universitaria, México, 1951.
- Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, México, 1985.
- Ramirez, José A., *La quiebra*, BOSCH, España, 1959.
- Satta, Salvatore, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Soc. Ed. Del Foro Italiano, Italia, 1943.
- Thaller, Edmond, *Traite elementaire de droit comercial*, Rousseau et Cie, Francia, 1931.
- Vidari, Ercole, *I fallimenti, trattazione sistematica*, Ulrico Hoepli, Italia, 1886.
- Vivante, Cesar, *Derecho mercantil*, trad. Francisco Blanco Constans, La España Moderna, España, 1929.
- Warren, Elizabeth, *The law of debtors and creditors*, Wolters Kluwer, E.U.A., 2009.
- Warren, Elizabeth, *Chapter 11: reorganizing American businesses*, Wolters Kluwer, E.U.A., 2008.
- Wahl, Albert, *Precis theorique et pratique de droite comercial*, Librairie de la Societe du Recuel Sirey, Francia, 1922.