

## EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL DEL DERECHO ROMANO CLASICO Y ALGUNAS DE SUS REPERCUSIONES EN EL ACTUAL DERECHO DE QUIEBRAS

MARÍA DE LOS ANGELES SOZA RIED  
Universidad de Los Andes

Expondremos algunos rasgos de la ejecución patrimonial en el derecho romano clásico y observaremos, a través de su evolución, lo que se ha mantenido hasta nuestros días. En la primera parte, se hace una exposición del procedimiento ejecutivo patrimonial del derecho romano clásico, aunque se incluye también una breve descripción de los trámites concursales en la época postclásica. En la segunda parte, se procede a comparar el procedimiento concursal del derecho romano clásico y el sistema concursal vigente en la legislación chilena y a definir la influencia y repercusiones de aquél en éste. Y, a continuación, se hace una reflexión acerca de la naturaleza de tal procedimiento a la luz de los rasgos que pueden desprenderse de esa comparación.

### I. EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL EN EL DERECHO ROMANO

Aunque el objeto del presente trabajo es el estudio de algunos rasgos de la ejecución patrimonial en el derecho romano clásico, que asumía la forma de un procedimiento concursal, parece necesario hacer una breve introducción relativa a la forma que tenía el procedimiento ejecutivo en la época arcaica.

Históricamente, el tema de la ejecución se vincula a la necesidad de constreñir al deudor a cumplir una sentencia pronunciada. Y así, aunque con la instauración de un proceso declarativo desaparece la antigua venganza privada, de alguna manera, ella reaparece cuando se hace necesario forzar al cumplimiento<sup>1</sup> de la declaración judicial. En este sentido, el derecho arcaico permitió que fuese el

---

<sup>1</sup> MURGA, *Derecho Romano Clásico: II. El proceso* (Zaragoza, 1983), p.142 ss.

propio interesado el que se hiciese justicia por su mano, pero debía hacerlo observando una serie de requisitos y ritualidades previamente establecidos. Ello tenía lugar a través de la *legis actio per manum iniunctionem*, que aparece regulada en la ley de las XII Tablas (451-449 a.C.), según nos cuenta Aulo Gelio en sus *Noctes Atticae*, y funcionaba como acción ejecutiva con la que se presionaba al deudor a pagar una sentencia que, desde tiempos remotísimos, fue siempre pecuniaria. Esta forma de litigar se tramitaba de la siguiente manera:

Se citaba al deudor ante el magistrado, pudiendo el deudor pagar o presentar un *vindex*. Si no hacía ni lo uno ni lo otro, a los 30 días el deudor era llevado a la casa del acreedor, quien debía asegurarle el mínimo de alimentación necesario para la subsistencia, y no cargarle con cadenas que excedieran de cierto peso. El acreedor retenía al deudor en su casa durante 60 días y sólo lo sacaba en días de mercado para que alguien se compadeciera de él y pagara. Sólo en el caso de que nada de esto ocurriera, se completaba la *manus iniectio* y el acreedor estaba autorizado para vender al deudor como esclavo o a darle muerte. En caso de ser varios acreedores, las XII Tablas hablan de un enigmático *partes secanto*<sup>2</sup> que ha sido interpretado como la división del cuerpo en trozos para dar satisfacción a todos los acreedores. Según el propio Aulo Gelio, tal división del cuerpo nunca sucedió, pero Murga<sup>3</sup> piensa que es bastante probable que, en los albores de la época arcaica, esto efectivamente haya ocurrido, aunque en tiempos de las XII Tablas ya no fuese vigente tan macabra forma de ejecución.

La severidad de la ejecución personal fue paulatinamente mitigándose. Quizá fue importante en tal evolución la *lex Poetelia Papiria*, probablemente del año 326 A.C.<sup>4</sup>. Con ella se mejoró la situación del deudor en el sentido de que quedaba éste obligado a resarcir al acreedor con su trabajo pero sin tener que permanecer encadenado o encarcelado, todo lo cual puede deducirse del siguiente testimonio:

Varrón, *de ling. lat.* 7,105: liber qui suas operas in servitudinem pro pecunia quam debet dat, dum solveret, nexus vocatur ut aere obaeratus.

De todos modos, no puede decirse que con esta ley se haya sustituido la ejecución personal por la patrimonial, ya que el trabajo personal no parece que deba entenderse como forma patrimonial de ejecución. Por otra parte, hay no pocos autores para quienes esta ley se dirigía a suavizar únicamente la situación de los deudores *nexti*<sup>5</sup>.

Al aparecer el procedimiento formulario, la *manus iniectio* queda sustituida por la *actio iudicati*, que, al menos en el ámbito del *ius civile*, de todos modos

<sup>2</sup> Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20,1,46.

<sup>3</sup> MURGA, *Derecho Romano* cit., p.147 n.161.

<sup>4</sup> Nos hablan de la existencia de esta ley y de los hechos que la motivaron, Varrón, *de lingua latina* 7,105; Livio 8,28,8; Cicerón, *de rep.* 2,34,59; Valerio Maximo 6,1,19.

<sup>5</sup> Entre otros, Pacchioni, De Visscher, Kleineidam, Berger, Betti, Segré, Levy, Noailles, Luzzato.

conducía a la ejecución personal, consistente ahora en la obligación de satisfacer la deuda pendiente con su trabajo, tal como acabamos de ver. En esta acción se daba posibilidad al demandado de oponerse a la ejecución; en caso de resultar vencido, debía sufrir una condena al *duplum*, y si se negaba a pagar, el pretor decretaba una *addictio* en favor del actor y el deudor era conducido por el acreedor quedando en la situación descrita.

En un momento que no es posible determinar con exactitud, se empezó a utilizar, para el caso del deudor condenado que no pagaba, el procedimiento que se había ideado para casos de indefensión: un embargo coactivo de todos los bienes del deudor, con la sola finalidad de constreñirlo a defenderse<sup>6</sup>. Más adelante, este embargo, ahora común a deudores indefensos y a condenados que se negaban o no podían pagar sus deudas, dejó de ser un recurso meramente coactivo y pasó a ser una medida preparatoria de una venta patrimonial llamada *bonorum venditio*. En relación con el tiempo en que habría surgido la venta del patrimonio del deudor para dar satisfacción a sus deudas podemos pensar, siguiendo el testimonio de Gayo, que ello debió de ocurrir el siglo II a. C., en tiempos del pretor Publio Rutilio Rufo, quien había creado la acción Rutiliana:

quae species actionis appellatur Rutiliana, quia a praetore P.Rutilio, qui et bonorum venditionem introduxisse dicitur...

De todos modos, este testimonio gayano no ha sido plenamente aceptado; aunque se admite generalmente que habría sido este pretor el creador de la acción Rutiliana, suele cuestionarse, en cambio, el hecho de que con este pretor se haya introducido la *bonorum venditio*. A juicio de diversos autores, la *bonorum venditio* habría sido fruto de lentas innovaciones y adaptaciones, y no creación de un único pretor<sup>7</sup>.

Los motivos que habrían determinado este cambio sólo pueden encontrarse en el estudio de los orígenes de la *bonorum venditio*, que es probablemente uno de los puntos más oscuros de la institución, tanto por la escasez como por la dificultad

<sup>6</sup> Según GIRARD, *Histoire de l'organisation judiciaire des romains* (París 1901) p.204s., la *missio in bona* ya existía en la época de las acciones de la ley, y era una forma de forzar al deudor a hacer frente a la demanda. También RAMADIER, *Les effets de la missio in bona rei servandae causa* (París 1911), p. 22ss., parece sostener el valor originariamente coactivo de la *missio*, que habría surgido antes de la *lex Aebutia*, y, por tanto, con anterioridad a la época en que se habría desarrollado el sistema de la *bonorum venditio*.— En contra de la opinión de Girard y Ramadier, que ven en la *missio in bona* anterior a la *lex Aebutia* sólo una medida coactiva y no ejecutiva, vid. CARRELLI, *Per una ipotesi sulla origine della 'bonorum venditio'*, en *SDHI*. 4(1938) p.432ss., para quien la *missio in bona* conducente a la *bonorum venditio*, esto es, como medida ejecutiva y no meramente coactiva, es anterior a la introducción del procedimiento formulario.

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, CARRELLI, art. cit., en *SDHI*. 4, p. (1938), p. 436ss., y SCHERILLO, *La 'bonorum venditio' come figura di successio*, en *IVRA* 4(1953), p. 210ss. A juicio del primero de ellos, la venta patrimonial habría surgido en primer lugar respecto de los deudores muertos sin herederos, ya que no podía ejercerse en su contra una presión para que interviniesen en el juicio.

tad de los textos que a esta materia se refieren<sup>8</sup>. Aunque el paso de la ejecución personal a la patrimonial constituye un importantísimo avance en la historia del derecho romano, al parecer la forma personal de ejecución no fue eliminada del todo. Así puede pensarse observando una serie de textos clásicos: Cic., *pro Flacco* 20,48; *lex Rubria* de G. C., cap. 21; y Ulp. 3 *disput. fragm. Argent.* (recto 1<sup>a</sup>), en que se hace referencia a un decreto de *ducere* subsiguiente a la *addictio*. Lo mismo puede afirmarse de un texto todavía clásico donde se exige de la ejecución personal al que había hecho la *bonorum cessio*<sup>9</sup>:

C.7,71,1-*Imp. Alex. A. Irenaeo*:...in eo enim tantum hoc beneficium eis prodest, ne iudicati detrahantur in carcerem (a.223).

---

<sup>8</sup> Los autores han afrontado el problema desde varios puntos de vista. Sólo se expondrán aquí -sin pretender dar una solución, que excedería del tema que nos ocupa- los dos principales enfoques sobre la cuestión del origen de la *bonorum venditio*.— Un grupo de autores ha dirigido su atención al supuesto del deudor muerto, relacionando el origen de la institución con la figura de la *successio*. CARRELLI, art. cit., en *SDHI*. 4(1938), p. 429ss., ve el origen de la institución en el caso del deudor muerto sin herederos. La *bonorum venditio* habría sido originariamente un supuesto de *bonorum possessio*, y se habría visto en el *bonorum emptor* un continuador de la persona del deudor muerto, pues se produciría, en este caso, una auténtica *successio*. La figura de la *bonorum venditio* se habría desvinculado más tarde de la *successio*, cuando se extendió el procedimiento también a los casos de *indefensio*. En el mismo sentido, SCHERILLO, art. cit. en *JVRA* 4(1953), p. 20ss.: sólo más tarde la figura se habría extendido a la *missio* de los bienes de un vivo, que, en un principio, únicamente tenía un fin cautelar o conservativo. DI LELLA, *Formulae ficticiae. Contributo allo studio della riforma giudiziaria di Augusto* (Nápoles 1984) p.49ss., especialmente p.66., por su parte, explica que la *bonorum venditio* habría aparecido primero con respecto a los bienes de un muerto, por exigir un menor esfuerzo de abstracción el suponer la sucesión en los bienes de un difunto que en los bienes de un vivo.— Por otra parte, está la tendencia a argumentar sobre la base de la estructura del procedimiento judicial, en el sentido de que, al no poder plantearse un proceso sin la colaboración de ambas partes, se habría ideado la *bonorum venditio* para subsanar esta dificultad. Se basan, en otras palabras, en el concepto de *indefensio*, que habría justificado esta medida de fuerza por parte del pretor. En esta línea se encuentra SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel Diritto Romano I* (Nápoles 1937) p.9: el pretor habría recurrido a la *bonorum venditio* dado que la ejecución no era posible sin un regular proceso. Un planteamiento similar expone WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana* (Milán 1938) p.230ss., quien afirma ser necesaria la ejecución patrimonial donde es imposible la ejecución personal, es decir, en los casos en que el deudor ha frustrado el proceso con su falta de comparecencia. A su juicio, estas medidas, que fueron adoptadas en un primer momento con carácter coactivo, se perfeccionaron cuando, al derecho de embargo, se agrega el de venta.

<sup>9</sup> Acerca de la contemporaneidad de la ejecución personal, LA ROSA, *L'actio iudicati nel Diritto Romano Classico* (Milán 1963) p. 104ss.: la *actio iudicati*, en época clásica, habría conducido a la ejecución personal y a la *bonorum venditio*. Para hacer esta afirmación se basa, principalmente, en el cap. 22 de la *lex Rubria* de G. C., y en una constitución de Caracalla del año 213 d.C. donde se señala que la *actio iudicati* se ejercitaba *adversus ipsam bonaque eius* (contra la destinataria del rescripto -ejecución personal- y contra sus bienes). En su opinión, pues, la ejecución patrimonial bajo la forma de *bonorum venditio* no eliminó el anterior sistema de ejecución, que recaía en la persona. Si no hubiera sido así, afirma, entre otras cosas, no se habría hecho tanto hincapié en la circunstancia de que la *cessio bonorum* evitaba la ejecución

En todo caso, es probable que la ejecución personal en período clásico se aplicara a deudores que carecían de bienes<sup>10</sup>, lo cual hacía imposible la ejecución patrimonial. En efecto, podemos afirmar que en época clásica lo habitual era recurrir a la ejecución patrimonial bajo la forma de *bonorum venditio*, y podemos afirmarlo así, debido a los extensos comentarios edictales, especialmente de Ulpiano y de Paulo<sup>11</sup>, que regulan la forma en que debía desarrollarse el embargo y la venta de los *bona debitoris*. En los comentarios de aquél los trámites de ejecución patrimonial abarcan los libros 59 al 65 y en el de éste del 57 al 62<sup>12</sup>. Así, pues, si el deudor no hacía frente a la *actio iudicati* no se pronunciaba en general una *addictio* en favor del acreedor, sino que se iniciaba, a petición del acreedor, un procedimiento de embargo al que se sumaban todos los demás acreedores interesados, que conduciría, finalmente a la venta patrimonial. Se manifiesta, así, aquella conocida función que habría tenido el derecho pretorio en relación con el *ius civile*: recurriendo a la venta de todos los bienes se procuraría una satisfacción más adecuada de los acreedores y se estarían corrigiendo las drásticas y anquilosadas prescripciones del derecho civil antiguo.

Para comprender este nuevo procedimiento, basado en la jurisdicción pretoria, es necesario visualizar las causas edictales que permitían iniciarlo:

- Condena, y, por asimilación, *confessio in iure*<sup>13</sup>;
- Cesión de bienes;
- Ocultamiento (*latitatio*);
- Herencia vacante;
- Indefensión

Como bien puede observarse, el embargo o *missio in bona* y la *bonorum venditio* son consecuencia de diversas conductas que impiden iniciar un proceso; que per-

personal, si la *bonorum venditio* también la hubiese evitado.— Aunque este último argumento es aceptable, no parece haber otros argumentos sólidos para comprobar que se daban, simultáneamente, los dos tipos de ejecución. Sólo podemos pensar que, debido a su antigüedad - derivaba directamente de la *manus iniectio*-, la ejecución personal no pudo desaparecer totalmente y subsistió en forma paralela a la *bonorum venditio*, a pesar del avance que constituía esta nueva forma de ejecución. En este sentido, ROYER, *Le problème des dettes a la fin de la République Romaine*, en *RHD*. 45(1967), p. 410: probablemente la ejecución personal habría subsistido en algunos casos, por ejemplo, respecto de las sentencias pronunciadas por magistrados municipales. De todos modos, de haber subsistido la ejecución personal, sólo habría permitido al acreedor, a partir de una determinada época, resarcirse con el trabajo del deudor, no pudiendo ya disponer directamente de su persona.

<sup>10</sup> GUZMAN, *Derecho Privado Romano*, tomo I (Santiago 1996) p.251.

<sup>11</sup> También se encuentran comentarios relativos a esta materia en Gayo y en Juliano.

<sup>12</sup> Deben agregarse aquí también los comentarios *ad edictum* relativos al fraude hecho en perjuicio de los acreedores, que en Ulpiano ocupan los libros 66 y 73, y en Paulo parte del 62.

<sup>13</sup> Quizá pueda estimarse que el demandante que jura debérsele una cantidad cierta, por habersele devuelto el juramento, también ponía al demandado en una situación muy similar a la condena. Así se desprende de D.44,5,1pr.-Ulp.76 *ad ed.*: *iusiurandum vicem rei iudicatae optinet*, que hace procedente una *actio in factum ex iureiurando*, con carácter ejecutivo.

turban la prosecución del mismo; o que implican una negativa o incapacidad de pago, ya sea de las propias obligaciones o de la condena. En consecuencia, la ejecución patrimonial en derecho romano clásico no se refiere únicamente a la ejecución de una sentencia, sino que abarca todas estas otras conductas obstaculizadoras de un proceso.

Desde otro punto de vista, el embargo de este patrimonio es pedido por cualquiera de los acreedores que pueda alegar una de estas causas o títulos ejecutivos, pero tiene un efecto colectivo<sup>14</sup>. Una vez iniciado el procedimiento, a él se suman todos los acreedores interesados, tengan o no títulos ejecutivos. Únicamente quedarían excluidos de la posibilidad de solicitar y de participar, los acreedores a plazo o bajo condición<sup>15</sup>. Los acreedores que cuentan con garantías reales, tienen a su favor un régimen separado y más seguro para obtener el pago de sus créditos<sup>16</sup>. Los titulares de acciones reales, por su parte, sólo pueden pedir la *missio* con posibilidad de venta de los *bona* cuando se trata de *latitatio* del adversario<sup>17</sup>.

En el embargo entran todos los bienes del deudor<sup>18</sup>; y así, los bienes que se encontraban materialmente en su poder por ser depositario, comodatario o arrendatario, o los que recibió en prenda, o incluso los que ha dado en prenda o sobre los que ha constituido hipoteca, quedan al margen de la *missio*.

Una vez decretado el embargo, los acreedores están facultados para vender los frutos y arrendar el disfrute de aquellos bienes<sup>19</sup>, pero no son poseedores; sus funciones se limitan a la custodia de los bienes<sup>20</sup> y a evitar que ellos disminuyan de valor. Se incluye también en estas facultades la posibilidad de conocer y revisar los documentos contables del deudor y la facultad de hacer un bosquejo de inventario<sup>21</sup>. Por último, los acreedores se reúnen en una asamblea<sup>22</sup> para elegir al *magister*. En algunos casos, se procedía a nombrar un curador, encargado de ejecutar aquellos actos que los acreedores no pueden realizar como era el ejercicio de acciones que corrían peligro de perecer<sup>23</sup>; y quizá cuando urgía el pago de deudas particularmente gravosas<sup>24</sup>.

Una figura especialmente importante de este procedimiento es el *magister*, que se encargaba de preparar la *bonorum venditio*<sup>25</sup>, para lo cual confeccionaba

<sup>14</sup> D.42,5,12pr.-Paul. 59 *ad ed.*; D.36,4,5,2-Ulp. 52 *ad ed.*

<sup>15</sup> D.42,4,14,2-Paul. 2 *quaest.*

<sup>16</sup> C.7,72,6-*Impm. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Agathemero*; D.43,4,1,4-Ulp. 72 *ad ed.*; D.36,4,11-*Hermog. 4 iuris epit.*

<sup>17</sup> D.42,4,7,16ss.-Ulp. 59 *ad ed.*

<sup>18</sup> D.50,16,49-Ulp. 59 *ad ed.*

<sup>19</sup> D.42,5,8,1-Ulp. 61 *ad ed.*

<sup>20</sup> Cic., *pro Quinctio* 27,84.

<sup>21</sup> D.42,5,15pr.-1-Ulp. 62 *ad ed.*; D.50,16,56pr.-Ulp. 62 *ad ed.*

<sup>22</sup> Gayo 3,79; Cic., *ad Atticum* 1,1,3.

<sup>23</sup> D.42,5,14pr.-Paul. 59 *ad ed.*

<sup>24</sup> D.42,7,1,2-Paul. 57 *ad ed.*; D.28,5,23,3-Pomp. 1 *ad Sab.*

<sup>25</sup> D.50,16,57pr.-Paul. 59 *ad ed.*

un inventario y una *lex venditionis*<sup>26</sup> donde aparecían las condiciones generales de la venta. Sus funciones más importantes son:

-la realización de la *bonorum venditio* propiamente tal, que, como sabemos, tenía lugar bajo la forma de una pública subasta<sup>27</sup>, y en donde el *magister* actuaba como mandatario de los acreedores que le habían elegido<sup>28</sup>;

-el cobro del precio ofrecido por el mejor postor<sup>29</sup>;

-el reparto proporcional del precio obtenido entre los acreedores<sup>30</sup>.

Si las deudas no quedaban satisfechas con los resultados de la venta, los acreedores podían exigir los créditos residuales al deudor<sup>31</sup> hasta lograr satisfacerse

<sup>26</sup> Cic., *pro Quinctio* 15,50.

<sup>27</sup> Cic., *pro Quinctio* 15,49-50.

<sup>28</sup> D.17,1,44-Ulp. 62 *ad ed.*; D.50,16,57,1-Paul. 59 *ad ed.*; D.17,1,22,10-Paul. 32 *ad ed.*

<sup>29</sup> Suele hablarse de que en la subasta se adjudica el patrimonio el que ofrezca pagar el mayor porcentaje de las deudas del concursado. Es la teoría de la *portio*, desarrollada especialmente por Solazzi. Hemos optado por una posición distinta que, pese a no ser mayoritaria, nos parece más plausible. En efecto, el único argumento textual sobre el que se sostiene la supuesta obligación de pagar ese porcentaje -Paráfrasis de Teófilo 3,12pr.- no tiene, a nuestro juicio, suficiente peso. Al tratarse de un texto tardío y al presentar notables diferencias respecto de los escasos testimonios que nos dan noticias acerca del procedimiento concursal clásico (fundamentalmente Gayo), no parece tener demasiado valor. En efecto, con excepción de la referencia que se hace a una *proscriptio*, a la elección de un *magister bonorum*, y a la asimilación entre la posición del *bonorum possessor* y del *bonorum emptor*, donde el autor de la Paráfrasis parece inspirarse remotamente en Gayo, el resto de la información teofilina acerca de la *bonorum venditio* no puede ser clásica. La no existencia en Gayo de la información contenida en la Paráfrasis, pero sobre todo la no mención de la *portio* a la que se habría comprometido el *bonorum emptor* en la subasta, es decisiva. De haber existido realmente tal *portio* tendría que haber de ella alguna constancia, sobre todo considerando que tal forma de responsabilidad limitada debía de causar diversos problemas procesales. Por otra parte, aunque hay en las fuentes de derecho clásico algunas referencias de una *portio* (Séneca, *de benef.* 4,39,2; Gayo 2,155; D.42,7,5-Iul. 47 *dig.*; C.7,72,6; D.42,6,3,1-Pap. 27 *quaest.*; D.42,6,6-Iul. 46 *dig.*) ésta debe interpretarse como una participación proporcional en el producto de la venta.—Entre las cuestiones que llaman más la atención de Paráfrasis 3,12pr. se encuentra el hecho de que sean los mismos acreedores los que elaboren la *lex venditionis* y los que figuren como contratantes, con lo cual la previa elección del *magister* no habría tenido ningún sentido. Por otra parte, en el texto se afirma que los propios acreedores son los que fijan el porcentaje que el *bonorum emptor* debía comprometerse a pagar, lo cual no se aviene en nada al procedimiento clásico de la subasta, que suponía un precio indeterminado que iba a fijarse precisamente sobre la base de las pujas de los interesados. Estos contrasentidos, sumados al hecho de que en época justiniana ya había cambiado sustancialmente el procedimiento concursal, asumiendo los acreedores un papel protagónico en los trámites ejecutivos, nos inducen a sostener que esta fuente, por una parte, reproduce una información bastante manipulada de las *Institutiones* de Gayo y por otra, añade rasgos y trámites concursales propios de la época en la que se escribió. Por otro lado, y desde el punto de vista práctico, nos parece que la teoría de la *portio* no lograría solucionar el problema de los acreedores privilegiados, que no tendrían por qué verse obligados a soportar el pago de un porcentaje, que haría desaparecer su privilegio.

<sup>30</sup> D.17,1,22,10-Paul. 32 *ad ed.*

<sup>31</sup> Gayo 2,155; D.42,3,7-Mod. 2 *pandect.*

plenamente<sup>32</sup>, de lo cual se deduce la finalidad de pago -no de sustitución de un sujeto por otro a través de la figura de la *successio* - que tenía el procedimiento concursal clásico: es el patrimonio de un determinado deudor el que responde. En efecto, el adjudicatario de ese patrimonio, que recibe el nombre de *bonorum emptor*, no es realmente un *successor*<sup>33</sup>, sino, como su nombre lo indica, el comprador de un patrimonio, de unos *bona*. Y, en esa calidad, no asume las deudas del deudor concursado; su única obligación es la de pagar, por los bienes comprados, un precio, que se reparte entre los acreedores. Después de cumplir con su obligación, se desentiende de complicaciones futuras.

Existía también durante el derecho romano clásico una forma de ejecución detallada de los bienes del deudor, y ello sucedía en atención de los que pertenecían a la clase senatorial: *bonorum distractio ex senatus consulto*<sup>34</sup>. El procedimiento es bastante distinto al de la *bonorum venditio* puesto que no parece necesaria la *missio in bona*, y no acarrea infamia para el deudor. También parece existir una *bonorum distractio ex privato consilio*<sup>35</sup> cuando el deudor reconoce explícita o implícitamente su insolvencia ante los acreedores y éstos, de común acuerdo, deciden iniciar trámites ejecutivos que escapan de las normas edictales ya explicadas.

---

<sup>32</sup> Esta posibilidad estaba excluida a los acreedores cuando se trataba de un deudor que, por haber hecho *cessio bonorum*, gozara del beneficio de competencia.

<sup>33</sup> La consideración del *bonorum emptor* como un sucesor pretorio tiene su fundamento en la exposición que hace Gayo de unas figuras que, a su juicio son sucesorias, pero que, en verdad, constituyen modos de adquirir universalidades. En efecto, Gayo en el libro 2 y 3 se refiere al término *successio* en el contexto de la herencia, donde adquiere el significado tradicional, según el cual, el heredero (*successor*) asume la misma posición del causante y responde, en consecuencia, de sus deudas. También utiliza Gayo el término *successio* fuera de la herencia, en relación con la *bonorum emptio*, la *adrogatio* y la *conventio in manum*, pero en estos supuestos no se dan las características propias del fenómeno hereditario, sino una especie de adquisición que, en estos casos, es de un conjunto patrimonial. Otro factor determinante que ha inducido a confusión y que ha impulsado a la doctrina a calificar de sucesor pretorio al *bonorum emptor* es la comparación que hace Gayo entre éste y el *bonorum possessor* desde el punto de vista de la propiedad y de las acciones (Gayo 3,80-81 y 4,34-35). Pero es evidente que existen importantes y fundamentales diferencias entre ambas figuras. En primer lugar, y, en relación con los *bona* adquiridos, el *bonorum emptor* posee *ad usucapionem* en virtud del título *pro emptore* (D.41.4.2,7-Paul. 54 *ad ed.*) a diferencia del *bonorum possessor*, que posee *ex decreto*. En segundo lugar, el *bonorum possessor* adquiere la totalidad de los bienes del causante y se obliga por el total de las deudas, a diferencia del *bonorum emptor*, que compra los bienes que figuran en la *lex venditionis* y no asume más obligación que la de pagar por tales bienes un precio. Y, por último, es fundamental el hecho de que cuando los resultados de la *bonorum venditio* son insuficientes, los acreedores no se dirigen contra el *bonorum emptor* sino contra el propio deudor concursado. Este argumento es, a nuestro juicio, determinante para sostener que el *bonorum emptor* no es realmente un sucesor -ni siquiera pretorio- del deudor concursado, sino un mero comprador de sus bienes.

<sup>34</sup> D.27.10,5-Gayo 9 *ad de. prov.*

<sup>35</sup> D.42,7,5-Iul. 47 *dig.*

Hasta aquí los rasgos principales del procedimiento de ejecución patrimonial en el derecho clásico, configurado sobre la idea del concurso. Veremos ahora si ellos han perdurado con el correr de los siglos.

En el derecho de Justiniano, varias de las causas por las que se iniciaba la ejecución del patrimonio han desaparecido como consecuencia de la posibilidad de entablar un juicio contumacial<sup>36</sup>. En efecto, aún existe en su época una promesa de comparecencia llamada ahora *cautio iudici sisti*, pero el proceso puede tramitarse sin la presencia de una de las partes. Y así, el procedimiento concursal no se vincula ya tanto a mecanismos que constriñen al deudor a comparecer o a defenderse, sino que se relaciona más bien con los trámites que sirven para ejecutar una sentencia en el caso de existir varios acreedores<sup>37</sup> o para encauzar la liquidación de un conjunto patrimonial perteneciente al deudor cedente. Aunque ya se había difundido ampliamente en el período postclásico, adquiere ahora plena vigencia el sistema de la *bonorum distractio*, pero ahora en forma generalizada, y no sólo en consideración de la categoría del deudor. De la eliminación de la *bonorum venditio*, que habría desaparecido con el ocaso de los juicios ordinarios, nos da noticia *Inst.* 3,12pr.: *ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditionis exspiraverunt*.

A diferencia del procedimiento clásico, el de esta época no puede ser iniciado a petición de un solo acreedor; se requiere que la *postulatio* sea hecha al menos por dos. De todos modos, el embargo sigue teniendo efecto colectivo<sup>38</sup>. Por otra parte, las facultades que tienen ahora los acreedores sobre los bienes embargados son mucho más fuertes. Por de pronto, se configura respecto de los bienes poseídos una verdadera *possessio*<sup>39</sup>, pudiendo además los acreedores ejercitar actos de administración que antes correspondían al *curator bonorum*, el cual, en cambio, no parece cumplir ninguna función específica en el desarrollo de los trámites concursales. Por otra parte, tienen los acreedores atribuciones amplísimas en cuanto a la forma de liquidar el patrimonio. Ahora son ellos mismos quienes, además de poseer los bienes, pueden venderlos e incluso disponer de ellos de la forma que parezca más conveniente, sin que resulte necesaria la intervención del curador, y sin que deba necesariamente realizarse la liquidación por medio de una subasta. Así lo ponen de manifiesto diversos textos de Justiniano en los que se habla no

<sup>36</sup> D.5.1.73-Ulp. 4 *de omn. Trib.*

<sup>37</sup> En caso de acreedor singular se permitía la ejecución *manu militari* si la sentencia había recaído en la cosa misma que se reclamaba (*ipsa res*); al contrario, si se trataba de una condena pecuniaria, se tomaban en prenda bienes suficientes (normalmente muebles), para, después de un determinado plazo, proceder a la venta en subasta y pagar al acreedor (*pignus ex iudicati causa captum*).

<sup>38</sup> C.7.72.10pr.- *Imp. Iust. A. Ioanni p. p.* (a.532).

<sup>39</sup> Es la opinión de SOLAZZI, *Il Concorso* cit. IV, p.194s., quien hace tal afirmación sobre la base de D.42.5.35-Marcian. *libr.sing. ad form. hypoth.*, donde se señala que el acreedor permanece en la posesión hasta la completa satisfacción de su crédito: *iure in possessione esse placet, donec solvitur solvatur*.

sólo de *venditio* sino también de *translatio rerum*<sup>40</sup> e incluso de un *disponere* o de un *dividere* de los *bona* poseídos<sup>41</sup> realizado por los propios acreedores. Además de este procedimiento ejecutivo patrimonial, subsiste en derecho postclásico la ejecución personal -no sabemos en qué supuestos concretos- siendo todavía lícito el encarcelamiento privado del deudor *iudicatus*. Así se desprende de C.7,71,8-*Imp. Iust. A. Ioanni p.p.: salva eorum videlicet existimatione et omni corporali cruciatu semoto...*, que exime de la ejecución personal al deudor cedente de sus bienes.

Como puede observarse, la *missio* se va configurando lentamente como un procedimiento de ejecución que se dirige ahora más precisamente contra deudores insolventes<sup>42</sup> y no tiene ya una naturaleza coactiva como en tiempos anteriores. Y así, podemos decir que el procedimiento ejecutivo patrimonial de la época justiniana es ahora más preciso en cuanto a su objeto -se dirige a ejecutar una sentencia impaga o a liquidar el patrimonio del deudor cedente- pero menos elaborado y regulado en cuanto a los sujetos que intervienen en ella. En efecto, han desaparecido las figuras del *bonorum emptor* y del *magister bonorum*, eliminadas sistemáticamente de los textos de la compilación que a esta materia se refieren, y, aunque los acreedores concursales asumen un rol determinante en los trámites de la liquidación patrimonial, no parece haber reglas demasiado claras respecto de la manera de llevarla a cabo.

Por otra parte, es interesante destacar que Justiniano, por medio de una constitución del año 531 introdujo el *moratorium*, que era un plazo de cinco años concedido al deudor y que se planteaba a los acreedores como una alternativa más humana por la que reemplazar la cesión y venta de los bienes del deudor. Así se establece en C.7,71,8-*Imp. Iust. A. Iuliano P.P.*: se da a los acreedores la elección de conceder el plazo de cinco años de tregua o de aceptar la cesión de bienes. Frente al problema de que algunos de los acreedores estuviesen de acuerdo en conceder la tregua y otros no, tiene mayor peso el o los acreedores cuyas deudas asciendan a un monto superior. De ser igual la cuantía de las deudas, decide la mayoría de los acreedores. En caso de haber igualdad, tanto de deudas como de número de acreedores, se opta por la solución más humana y se decide por la tregua.

## II. DERECHO ACTUAL DE QUIEBRAS: BASES PARA UNA COMPARACION

Como decíamos anteriormente, al parecer fue en el derecho postclásico cuando el procedimiento concursal fue considerándose como un conjunto de medidas establecidas en contra de un deudor insolvente, y va desapareciendo lentamente

<sup>40</sup> C.7,72,10,2 y 3-*Imp. Iust. A. Ioanni p. p.* (a.532).

<sup>41</sup> *Inst.* 2,19,1; 3,10,3 y 3.12pr.

<sup>42</sup> En la época clásica, no necesariamente derivaba de la insolvencia ya que bastaba con la iliquidez pecuniaria o con la indefensión -entendida en su sentido más amplio- para dar inicio al procedimiento concursal.

esa concepción romana clásica que hacía depender tal procedimiento de una serie más amplia de causas que impedían la prosecución del proceso.

Para comprender algo de nuestro actual procedimiento concursal -al chileno nos referimos- nos parece necesario revisar brevemente las bases históricas del mismo, que se encuentran en la tradición jurídica hispana, de base preponderantemente romana. Es interesante observar los numerosos cambios del procedimiento concursal en la incipiente legislación nacional y el tratamiento que se le da en los respectivos Códigos. Parece que no hubiese habido un criterio demasiado definido en cuanto a la naturaleza de este procedimiento, cuyo tratamiento legislativo oscila entre distintas aguas: el Derecho Procesal, el Derecho Civil y el Derecho Comercial, dando la impresión de que cada una de estas disciplinas se disputase el privilegio de regular orgánicamente los trámites concursales.

Nuestro derecho actual de quiebras, como ya se ha adelantado, encuentra sus bases en la legislación hispana y concretamente en las Siete Partidas (Alfonso X, 1256-1265), las Ordenanzas de Bilbao (Felipe V, 1737) y la Novísima Recopilación (1805)<sup>43</sup>. En las primeras, título XV del libro V, se contienen importantes normas de derecho concursal. Se habla en primer lugar de la cesión (llamada desamparo de los bienes), de la forma en que ha de ser realizada<sup>44</sup>, de la manera como debe distribuirse el producto de la venta entre los acreedores<sup>45</sup>, y del beneficio de competencia del deudor cedente<sup>46</sup>. A continuación, se establece la situación en que queda el deudor que no quiere pagar sus deudas ni ceder sus bienes<sup>47</sup>, el cual debe permanecer en prisión hasta que pague lo que debe o ceda sus bienes.

---

<sup>43</sup> En general se discute el origen del sistema actual de quiebras vigente en el derecho occidental. Según algunos, encuentra sus raíces en los estatutos dados para ciertas repúblicas italianas (Génova, Pisa, Florencia y otras) durante la Edad Media, habiendo nacido como un modo de reaccionar en contra del sistema de ejecución individual y del privilegio del primer ejecutante, vigentes en el derecho germánico. Sería en dichos estatutos, según afirma THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial* (París 1916) p.871, donde se habrían introducido los concordatos de mayoría y otros mecanismos relacionados con el fraude a los acreedores. Según otros, su origen se encontraría en el derecho español, concretamente en la extensa reglamentación del procedimiento concursal que se contiene en las Partidas, y en una importante obra -posterior- de Salgado de Somoza, que puede calificarse como el primer tratado sistemático sobre la quiebra y que también influyó decisivamente en la legislación alemana sobre la materia. En cualquier caso, sea que se trate de un origen próximo italiano o español, está claro que las raíces remotas sí son romanas. Al decir de VARELA, *Tratado de la acción pauliana concursal* (Santiago 1949) p.54, el procedimiento concursal de las mencionadas repúblicas italianas era una especie de renacimiento de la *bonorum venditio* y se regía por los mismos principios que inspiraban este sistema de ejecución.—Aun tratándose de los concordatos de mayoría, ellos parecen recordar el *moratorium* establecido por Justiniano en C.7.71.8, ya comentado. A la misma conclusión puede llegarse si se cree que el moderno derecho concursal tiene su origen en el derecho hispano, pues el contenido de las Partidas es netamente romano.

<sup>44</sup> Ley I, título XV, partida V.

<sup>45</sup> Ley II, título XV, partida V.

<sup>46</sup> Ley III, título XV, partida V.

<sup>47</sup> Ley IV, título XV, partida V.

También se establecen algunas normas relativas a esperas y quitas que puede obtener el que debe a muchos acreedores<sup>48</sup>. Por último, se prescriben ciertas reglas relativas a la revocación de actos fraudulentos hechos en perjuicio de los acreedores<sup>49</sup>. Las Ordenanzas de Bilbao, por su parte, cumplieron en España una función muy similar a la que hoy en día cumple un Código de Comercio. Ellas se inspiraron, por lo que se refiere a la materia concursal, en las Partidas, y también en la obra de Salgado de Somoza quien por primera vez trata del derecho concursal como una disciplina autónoma<sup>50</sup>. Es este autor quien, entre otras cosas, en su obra *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem inter illos causatam* (1646) distingue entre derecho privado concursal y derecho penal concursal, admitiendo que la insolvencia no siempre es ilícita y que puede ser fortuita. De esta obra y, por supuesto, de las Partidas parecen tomarse algunas prescripciones de las Ordenanzas en las que se alude a tres clases de deudores: los que se han atrasado en el pago de sus obligaciones pero tienen bienes suficientes para pagar enteramente a sus acreedores; los deudores que por accidentes inevitables se encuentran en imposibilidad de pago, los cuales pueden obtener quita y disminución de sus acreedores; y por último, los culpables y fraudulentos, a los que “se les ha de tener y estimar como infames ladrones públicos, robadores de hacienda agena, y se les perseguirá hasta tanto que el Prior y Cónsules puedan haber sus personas; y habiéndolas, las entregarán a la justicia ordinaria con la causa que se les hubiere hecho, para que sean castigadas por todo el rigor que permite el derecho, a proporción de sus delitos”<sup>51</sup>. Tal distinción tiene el mérito de configurar la quiebra como un estado de insolvencia definitivo. En efecto, los deudores simplemente atrasados que justifican no haber podido pagar por accidente, podrán pagar después en el caso de efectuar convenio con los acreedores, debiéndoseles “guardar el honor de su crédito, buena opinión y fama”<sup>52</sup>. Por último, la Novísima Recopilación, que en el libro XI, título XXXII reúne legislación anterior relativa a alzamientos, quiebras y cesión de bienes<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Ley V, VI, título XV, partida V.

<sup>49</sup> Ley VII, VIII, IX, X, XI y XII, título XV, partida V.

<sup>50</sup> PUIGA, *Derecho Concursal: el juicio de quiebras* (Santiago 1989) p.85.

<sup>51</sup> Capítulo XVII, IV.

<sup>52</sup> Capítulo XVII, II.

<sup>53</sup> En este título se recopilan diez leyes que van desde 1480 hasta 1604. Ley I: “Se tenga por público robador, y sea procesado como tal el que se ausente con caudales ajenos”; Ley II: “Penas de los que se alzan con hacienda agena, nulidad de sus concertos en perjuicio de sus acreedores; y modo de proceder las Justicias contra ellos”; Ley III: “Lo dispuesto contra los deudores alzados con sus bienes se observe, aunque no se ausenten ni oculten sus personas”; Ley IV: “Ningún deudor alzado goce del privilegio de hidalguía para excusarse de la pena de su delito, ni para otra cosa”; Ley V: “Procedimiento de los deudores que quiebran en sus tratos y negocios, sin alzar sus personas ni bienes”; Ley VI: “Orden con que se ha de proceder contra los mercaderes y cambiantes que quebraren o faltaren de sus créditos”; Ley VII: “Los deudores, que hicieren cesión de sus bienes, o compromisos para remisión o espera de sus deudas,

Esta era la legislación aplicable en Chile en tiempos coloniales. Con la Independencia y la aparición de las primeras leyes nacionales, el panorama empieza a cambiar. Así sucede con el Decreto Ley sobre juicio ejecutivo de 1837, que modifica las disposiciones procedimentales relativas a las quiebras, contenidas en las Ordenanzas. Este Decreto Ley, aplicable indistintamente a toda clase de deudores, regulaba el aspecto procesal del concurso civil, dejando vigentes, en cambio, los principios relativos a las quiebras establecidos en las Ordenanzas de Bilbao. En él se regulaban las dos formas de iniciar el concurso: por el propio deudor a través de una cesión de bienes, y por los acreedores cuando interponen tercería de prelación<sup>54</sup>. Pero nuevamente las disposiciones relativas a las quiebras iban a verse modificadas y ahora con la promulgación del Código Civil (1857). En el título XIV del libro IV, arts. 1614 a 1625 se consagran las reglas relativas a la cesión de bienes; en el título XLI, también del libro IV, en los arts. 2465 a 2491, se contempla la prelación de créditos, y en el art. 2468, la acción pauliana.

Como puede apreciarse, desde 1857, fecha de entrada en vigencia de nuestro Código Civil, las disposiciones relativas a las quiebras están esparcidas en una serie de leyes y cuerpos normativos, sin que haya entre ellos una unidad. Así, sigue vigente, en cuanto al fondo, el capítulo XVII de las Ordenanzas de Bilbao, pero se empiezan a aplicar también las nuevas normas contenidas en el Código Civil, mientras que, en cuanto a normas procedimentales, generales para deudores comerciantes y civiles, rige el Decreto Ley de 1837. Por otra parte, mantenían su vigencia, en forma supletoria, la Novísima Recopilación y las Partidas.

Semejante dispersión normativa, que afectaba no sólo al tema de las quiebras sino también al resto de la legislación mercantil, va a ser subsanada mediante la promulgación del Código de Comercio en 1867. El legislador, inspirado en la legislación francesa de 1838, regula la quiebra como una institución privativa de deudores comerciantes. En el Código, en que se encuentran disposiciones tanto de fondo como procedimentales, quedan derogadas las normas concursales contenidas en los antiguos códigos españoles (Ordenanzas de Bilbao, Novísima Recopilación y Partidas), así como las normas sobre quiebras o concursos relativas a comerciantes consagradas en el Decreto Ley de 1837.

De esta manera, la quiebra comienza a ser una institución exclusiva de deudores comerciantes, regida por el Código de Comercio, mientras que los deudores civiles se rigen por el concurso, reglamentado, en cuanto al procedimiento, en el Decreto Ley de 1837, y, en cuanto al fondo, en el Código Civil.

Tiene importancia en esta materia la ley de 1868 que abolió de la legislación

---

estén presos hasta que se acaben los pleytos"; Ley VIII: "Se admita la cesión que hiciere de sus bienes el condenado por hurto a pagar a las partes sus intereses"; Ley IX: "Los arrendadores, fiadores y abonadores de rentas Reales no puedan hacer cesión de bienes; y estén presos hasta pagar lo debido por razón de ellas"; Ley X: "En los pleytos de acreedores se executen las sentencias del Consejo y Audiencias, pagándoseles por su antelación, baxo de fianzas depositarias sin embargo de la suplicación de ellas".

<sup>54</sup> Años más tarde se dictan dos leyes sobre prelación de créditos (1845 y 1854).

chilena la prisión por deudas. De todos modos, la supresión no fue absoluta ya que, aunque desaparece el arresto del fallido como medio de forzarlo al pago, esto es, como vía de apremio, se mantiene la prisión de carácter preventivo, para impedir la fuga del deudor<sup>55</sup>.

Otro acontecimiento legislativo relevante para el derecho concursal es la dictación del Código de Procedimiento Civil (1902), que modifica las reglas procesales del concurso contenidas en el Código de Comercio y, por otra parte, establece el concurso civil, derogando el Decreto Ley de 1837.

Finalmente, la ley 4.558 de 1929 deroga el libro IV del Código de Comercio y las normas respectivas del Código de Procedimiento Civil y, en texto refundido contenido en el Decreto con Fuerza de Ley 248 de 1931, se establecen importantes innovaciones. Entre ellas, se crea un régimen concursal común a todo tipo de deudores, aunque manteniendo un trato más severo respecto del comerciante; se constituye la Sindicatura General de Quiebras, en sustitución del sistema de síndicos privados del Código de Comercio; se regulan los convenios, introduciéndose el convenio extrajudicial y reglamentándose en forma adecuada el judicial preventivo; se reserva la calificación criminal de la quiebra a la jurisdicción criminal. El último episodio legislativo importante por lo que se refiere a materia concursal es la dictación de la ley 18.175 que fija un nuevo texto de la Ley de Quiebras. En vez de hablarse de deudor comerciante, a efectos de aplicarle un trato más drástico, se consagra la figura del deudor que ejerce una actividad comercial, industrial, minera o agrícola; se elimina la Sindicatura General de Quiebras y se crea la Fiscalía Nacional de Quiebras que es un organismo contralor de los síndicos privados; se establece un régimen más expedito para la venta de los bienes y se incorporan una serie de disposiciones relativas a la enajenación del activo como unidad económica, a la vez que se da a los acreedores un poder decisorio amplio en lo que se refiere a la forma de liquidar el activo<sup>56</sup>.

Como puede apreciarse, en el derecho concursal vigente en Chile existe una tendencia a diferenciar el derecho privado concursal del derecho penal referido al concurso; de allí que se reserve a la jurisdicción criminal lo relativo a la calificación de la quiebra. En el mismo sentido, se considera la cesación de pagos más como un estado patrimonial derivado de accidentes inevitables que como un entramado de actuaciones fraudulentas<sup>57</sup>. Es por esta razón y por la necesidad de evitar peores consecuencias económicas, que se reglamenta la continuación obligada del giro o la venta del activo como unidad económica.

Para una adecuada comparación entre el procedimiento concursal del derecho romano clásico y el actual procedimiento vigente en Chile, nos fijaremos en aquellos rasgos que, aunque con algunas variaciones, todavía se mantienen.

---

<sup>55</sup> CARRASCO, *Evolución del derecho de quiebras en Chile* (Santiago 1963) p.79.

<sup>56</sup> PUGA, *Derecho Concursal* cit., p.89, y TORRES, *Los órganos de la quiebra* (Santiago 1993) p.19.

<sup>57</sup> PUGA, *Derecho Concursal* cit., p.90.

### 1. La *universalidad* del procedimiento:

El procedimiento de ejecución patrimonial del derecho romano clásico comprende todos los bienes del deudor; de allí que el embargo reciba el nombre de *missio in bona*, es decir, en los bienes de una persona, sin otra especificación. Lo mismo en relación con la venta propiamente tal, que recae en todos los bienes y se llama *bonorum venditio*. Quizá el hecho de que sean todos los bienes de una persona los que se encuentren sometidos a embargo y posterior venta, pueda responder a los principios arcaicos de la ejecución, que se vinculaban a la persona del deudor. Más tarde, aunque superada esta forma de ejecución, es, de todos modos, el patrimonio entero de la persona el que está afecto a responsabilidad, entendiéndose así que éste representa a la persona del deudor. Es por esto que en caso de no resultar suficiente para satisfacer todos los créditos, el deudor continuaba vinculado a sus acreedores por los saldos insolutos, y no asumía nunca esa responsabilidad el comprador de los bienes (*bonorum emptor*).

El actual procedimiento concursal de la quiebra se encuentra informado por este mismo principio, que, de acuerdo con la legislación positiva vigente en Chile, deriva del art. 2465 de nuestro Código Civil: "Toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el artículo 1618".

### 2. La *concursalidad*:

Aunque en derecho romano no se hace la distinción entre ejecución singular y ejecución colectiva, suponemos que el procedimiento concursal clásico, realizado bajo la forma de una *bonorum venditio*, se aplicaba, en general, a casos en que existían varios acreedores. Esta suposición se basa en la observación de las normas edictales que regulan el procedimiento, de las cuales se puede deducir claramente la concurrencia. Así sucede al describirse el efecto colectivo del decreto de embargo: *cum praetor permiserit, non tam personae solius petentis, quam creditoribus...*<sup>58</sup>; *nam is qui possidet non sibi, sed omnibus possidet*<sup>59</sup>; al establecerse las facultades que tienen los acreedores para revisar las cuentas del deudor y para hacer un bosquejo de inventario, tarea que pueden delegar en uno de ellos: *uni hoc negotium a creditoribus esse dandum, quem maior pars creditorum elegerit*<sup>60</sup>; en la designación del curador previa proposición *ex consensu maioris partem creditorum*<sup>61</sup> y del *magister postea iubet convenire creditores et eo numero magistrum creari*<sup>62</sup>; y, por último, en el reparto del precio resultante de la venta

<sup>58</sup> D.42.5.12pr.-Paul.59 *ad ed.*

<sup>59</sup> D.36.4.5.2-Ulp.52 *ad ed.*

<sup>60</sup> D.42.5.15pr.-Ulp. 62 *ad ed.*

<sup>61</sup> D.42.7.2pr.-Ulp. 65 *ad ed.*

<sup>62</sup> Gayo 3.79.

entre los acreedores<sup>63</sup>. De todos modos, se encuentran algunos testimonios donde parece darse un concurso en favor de un solo acreedor. Así, por lo que se refiere a la posibilidad de dar en arrendamiento el disfrute de los bienes embargados se dispone: *si unus sit qui possideat bona, expeditum erit de locatione*<sup>64</sup>. También puede deducirse, indirectamente, tal posibilidad de la facultad de examinar los documentos contables del deudor, pues en el caso de que hubiese varios acreedores tal facultad se le da a uno de ellos: *cum plures creditores in possessionem rerum mittantur, ne corrumpantur rationes, uni hoc negotium a creditoribus esse dandam*<sup>65</sup>. A contrario sensu, en caso de ser sólo uno no es necesario elegir a un encargado de revisar las cuentas.

Por lo que se refiere al sistema actual de quiebras en Chile, el tema no es totalmente pacífico. Se acepta generalmente que pueden iniciar y proseguir el procedimiento concursal la colectividad de los acreedores. Se plantea, pues, la pregunta de si puede abrirse el concurso cuando existe un solo acreedor. La verdad es que nuestra legislación, en el art. 40 de la Ley de Quiebras, sí lo permite: "El deudor podrá ser declarado en quiebra aunque tenga un solo acreedor, siempre que concurren los demás requisitos legales". De todos modos, la claridad con que se expresa este artículo contrasta con el resto de la legislación relativa a procedimiento, que necesariamente requiere de la pluralidad de acreedores. Así sucede, por ejemplo, con uno de los órganos esenciales del mismo: la Junta de Acreedores. Una solución doctrinal bastante razonable es la de Puga, quien afirma no ser posible establecer un dogma absoluto sobre la materia y que ha de atenderse a si la insolvencia de ese deudor es dañosa para el crédito público, para la economía general y la producción, siendo en este caso posible someter a ese deudor a la ejecución universal, debiendo el juez crear, sobre la base de la analogía, mecanismos que ejerzan una función paralela a la inexistente Junta de Acreedores<sup>66</sup>.

También en relación con la concursalidad del procedimiento hay un principio, nacido del derecho romano que aún tiene fundamental importancia: la *par conditio creditorum*, que figura en D.42,8,6,7-Ulp. 66 *ad ed.*: *neque enim debuit praeripere ceteris post bona possessa, quum iam par conditio omnium creditorum facta esset*. El principio, establecido en materia de fraude a los acreedores, pretende que, después de decretado el embargo, exista una efectiva igualdad de los acreedores, de modo que ninguno de ellos se adelante a recibir un pago en perjuicio de los demás.

En el actual derecho de quiebras, tal principio como decíamos es de fundamental importancia ya que, la igual condición de los acreedores una vez declarada la apertura del concurso, garantiza un pago justo y proporcional de cada uno de los créditos. Es, además, el fundamento de las acciones revocatorias en el concur-

<sup>63</sup> D. 17,1,22,10-Paul.32 *ad ed.*

<sup>64</sup> D.42,5,8,4-Ulp. 61 *ad ed.*

<sup>65</sup> D.42,5,15pr.-Ulp. 62 *ad ed.*

<sup>66</sup> PUGA, *Derecho Concursal* cit., p.137ss.

so cuando los actos fraudulentos realizados por el deudor tienden a favorecer a uno o varios de sus acreedores, alterando las normas de justicia distributiva que presiden el procedimiento.

### 3. Carácter *jurisdiccional*:

En el derecho romano el procedimiento concursal en la forma de *bonorum venditio*, que se encontraba regulado minuciosamente por el edicto del pretor, se iniciaba por un decreto del magistrado competente, cuando se daba alguna de las causas que permitían solicitar su apertura. Estas causas, además, tienen una relación con el proceso; se configuraban, ya sea como un modo de ejecutar una condena impaga o de forzar al pago de una deuda confesada y de liquidar un patrimonio cedido por el deudor, ya sea como una sanción a ciertas actitudes que obstaculizaban la marcha del proceso, como era la indefensión y el ocultamiento.

El carácter jurisdiccional se manifiesta también en el procedimiento concursal chileno, que se inicia por una declaración judicial. No es el mero estado patrimonial deficiente (cesación de pagos) el que define la quiebra<sup>67</sup>, sino el hecho de haber sido declarada por el magistrado. Aunque el tema es discutido, nos sentimos más inclinados a pensar que el procedimiento concursal de la quiebra es un proceso y más concretamente un juicio ejecutivo pese a que, sin duda, comprende varios trámites de naturaleza cognoscitiva (impugnación de créditos, revocación de actos realizados en perjuicio de los acreedores, etc.)<sup>68</sup> Por lo que se refiere a las causas por las que se inicia el procedimiento, además de una serie de hechos reveladores de un estado de insolvencia, destacamos, a modo de dato interesante,

---

<sup>67</sup> En relación con los hechos que permiten dar inicio a la quiebra, existen diversas tendencias doctrinales. Se ha hablado de una teoría restringida o materialista, según la cual, la cesación de pagos no alude a un estado patrimonial: basta el mero incumplimiento o la interrupción de pagos. Otra tendencia, llamada posición intermedia, afirma que la causa de la quiebra es el estado patrimonial deficiente, pero dicho estado sólo puede ser declarado si efectivamente ha habido incumplimientos. Por último, la teoría amplia, aceptada mayoritariamente, afirma que la cesación de pagos es un estado patrimonial de imposibilidad de pagar. Se trata de una imposibilidad permanente que se manifiesta a través de un conjunto de situaciones reveladoras que tienen valor de presunciones, y que permiten dar inicio a la quiebra, independientemente del hecho de que haya ocurrido el incumplimiento. Esta teoría, de inspiración francesa, goza de amplia aceptación desde la publicación de dos importantes tratados de derecho de quiebras: BONELLI, *Del Fallimento* (Milán 1923); FERNÁNDEZ, *Tratado teórico práctico de la quiebra* (Buenos Aires 1937), y es, como puede apreciarse, la que se adopta en el texto de este trabajo. La ventaja de esta teoría se manifiesta en que parece cumplir mejor con el fin de tutela colectiva que sustenta el procedimiento concursal y destaca a la vez el fin reparativo y preventivo de este tipo de procedimientos, ya que no es necesario que se verifique realmente el incumplimiento. En efecto, al decir de ZALAQUETT, *La causa de declaratoria de quiebra* (Santiago 1968) p.61s., si el patrimonio de un insolvente es incapaz de hacer frente a los compromisos que lo gravan, provocará una suspensión de pagos que es necesario remediar o prevenir, según haya o no ocurrido. De allí que sobre la base de esta teoría amplia se logre tutelar mejor el crédito y proveer así al cuidado de intereses económicos generales.

<sup>68</sup> PUGA, *Derecho Concursal* cit., p.102ss.

una causa semejante a la de ocultamiento o *latitatio* del derecho romano: “cuando el deudor se fugue del territorio de la República o se oculte dejando cerradas sus oficinas o establecimientos, sin haber nombrado persona que administre sus bienes con facultades para dar cumplimiento a sus obligaciones y contestar nuevas demandas”<sup>69</sup>.

#### 4. Especial atención a la calidad del *sujeto pasivo*:

En derecho romano no existía, como sabemos, una distinción entre deudor comerciante y civil, porque no estaba desarrollada la idea de disciplinas diferenciadas dentro del derecho privado. De ahí que todo deudor que se encuentre en una de las causas establecidas en el edicto, pueda ser sometido a procedimiento concursal, sin que se haga distinción relativa a su calidad o categoría económica. Sí había, en cambio, una distinción derivada de la condición social y era que los deudores pertenecientes al rango senatorial se libraban de una ejecución universal de sus bienes y quedaban sometidos a un procedimiento más benévolo, consistente en una venta detallada de los mismos, de la que quedaba excluida toda nota infamante (*bonorum distractio ex senatus consulto*<sup>70</sup>).

En el derecho moderno, como pudo apreciarse de la síntesis histórica de la legislación hispana y chilena sobre la materia, el ámbito de aplicación del procedimiento concursal ha sufrido diversos cambios. En la legislación hispana, el procedimiento parecía aplicable a deudores comerciantes (vid. Ordenanzas de Bilbao), en tanto se veía la necesidad de crear una normativa relativa al concurso civil, esto es, el del deudor no comerciante. Desde el año 1931, el procedimiento concursal se aplica a todo tipo de deudores, y, en este sentido, la legislación chilena sigue la tendencia actual que es la de uniformar el procedimiento en lo que se refiere a la calidad de los deudores. Esta indiferenciación en cuanto al sujeto pasivo del procedimiento se mantiene en la ley vigente (18175) pero se establecen disposiciones más drásticas en relación con deudores que ejercen actividades más importantes desde el punto de vista económico (comercio, industria, minería, agricultura), y también reglas especiales para el caso de los bancos, instituciones financieras y compañías de seguros.

#### 5. Existencia de unos determinados *órganos* en el procedimiento concursal:

En el procedimiento concursal romano encontramos una serie de figuras que, de acuerdo con las fuentes, tienen unas funciones específicas. Así, los acreedores tienen unas atribuciones administrativas relacionadas con la venta y arrendamiento del disfrute de los bienes embargados<sup>71</sup>; una amplia facultad de custodia sobre tales bienes<sup>72</sup>, de manera de impedir que ellos disminuyan de valor, en la que se

<sup>69</sup> Art. 43, nº3, Ley 18175.

<sup>70</sup> D.27,10,5-Gayo 9 *ad ed. prov.*

<sup>71</sup> D.42,5,8,1ss.-Ulp. 61 *ad ed.*

<sup>72</sup> Cic., *pro Quinctio* 27,84.

incluía el cuidado de las cuentas del deudor, con la posibilidad de conocer y revisar sus documentos contables así como la de hacer un bosquejo de inventario<sup>73</sup>; y la tarea de elegir al *magister* que procedería a la venta de los bienes<sup>74</sup>. Por lo que se deduce de las fuentes, los acreedores solían actuar de común acuerdo, sobre todo cuando se trataba de actuaciones como la administración de los frutos de los bienes embargados<sup>75</sup> y la revisión de las cuentas del deudor<sup>76</sup>, en que se designaba de este modo y de entre los propios acreedores un encargado de efectuar tales actos. Las funciones del curador también aparecen descritas en las fuentes: se nombra en general para ejecutar aquellos actos que los acreedores nunca podrían realizar, como era el ejercicio de acciones que estaban próximas a perecer<sup>77</sup>; y quizá para aquellos casos en que urgía el pago de deudas particularmente gravosas<sup>78</sup>. Figura de especial importancia es el *magister bonorum*, elegido de entre los acreedores, quien se encarga de preparar la venta patrimonial<sup>79</sup>, de ejecutarla por medio de una pública subasta<sup>80</sup>, y de repartir el precio obtenido entre los acreedores<sup>81</sup>.

En el derecho concursal chileno un órgano fundamental es la Junta de Acreedores, que ejerce unas funciones un tanto distintas a las que correspondían a los acreedores en el procedimiento romano clásico. En efecto, la Junta es un órgano deliberante que decide en lo que se refiere a la forma de liquidar el patrimonio, lo cual no se daba en el procedimiento concursal romano. Por otra parte, destaca la figura del síndico, que parece tener unas funciones más amplias que las del *magister*, puesto que tiene también a su cargo tareas administrativas de gestión y cuidado del patrimonio, y otras en representación de los acreedores, como la de ejercitar acciones. Estas funciones en derecho romano estaban repartidas; las de administración en principio correspondían a los acreedores y las de intentar acciones, al curador. También le corresponde realizar la venta del patrimonio y la repartición de los fondos obtenidos entre los acreedores. La actuación de los síndicos en los aspectos técnico, jurídico y financiero es controlada por un organismo llamado Fiscalía Nacional de Quiebras. Pese a ser una institución importante en cuanto a dicha supervisión, no parece que pueda considerarse, con propiedad, como un órgano de la quiebra. De todos modos, es relevante su actuación en el mecanismo de la calificación penal de la quiebra, cuando la insolvencia se haya debido a actuaciones fraudulentas o culpables del deudor que ejerce una actividad comer-

<sup>73</sup> D.42.5.15pr.-Ulp. 62 *ad ed.*

<sup>74</sup> Gayo 3.79; Cic., *ad Atticum* 1,1,3.

<sup>75</sup> D.42.5.8,4-Ulp.61 *ad ed.*

<sup>76</sup> D.42.5.15pr.-Ulp. 62 *ad ed.*

<sup>77</sup> D.42,5,14pr.-Paul. 59 *ad ed.*

<sup>78</sup> D.42.7,1,2-Paul. 57 *ad ed.*; D.28,5,23,3-Pomp. 1 *ad Sab.*

<sup>79</sup> D.50.16,57pr.-Paul. 59 *ad ed.*

<sup>80</sup> Gayo 3, 79; Cic., *pro Quinctio* 49-50.

<sup>81</sup> D.17,1,44-Ulp. 62 *ad ed.*; D.50,16,57,1-Paul. 59 *ad ed.*; D.17,1,22,10-Paul. 32 *ad ed.*

cial, industrial, minera o agrícola. Las atribuciones de los órganos del procedimiento concursal parecen ahora más concentradas que en el pasado y las funciones de los acreedores resultan ser más fuertes en lo que se refiere a la liquidación del patrimonio, mientras que las del síndico son más amplias en lo referente a la administración y custodia del patrimonio embargado. Podemos concluir que el actual procedimiento se asemeja más, en cuanto a las funciones que ejercen los acreedores, al procedimiento concursal de la época justiniana, en el que, como hemos visto, los acreedores pueden disponer de la enajenación del patrimonio de la manera más conveniente.

#### 6. *Formas alternativas* al procedimiento concursal general:

En el derecho romano, la cesión de bienes era una de las causas de la *bonorum venditio* y, por lo tanto, no podemos calificarla de forma alternativa. Ella tenía lugar cuando el deudor cedía voluntariamente sus bienes ante el magistrado (*in iure*). Se trataba de la *cessio bonorum ex lege Iulia*, que exigía determinados requisitos, y que daba al cedente ciertas ventajas como la de gozar del beneficio de competencia. Pero hay testimonios relativos a una *cessio extra ius*<sup>82</sup>, es decir, hecha por el deudor en forma privada. Nada especifican las fuentes acerca de esta forma de cesión. Suponemos que tenía relación con la ya mencionada *bonorum distractio ex privato consilio*, que exigía un acuerdo -probablemente unanimidad- para elegir una forma distinta al procedimiento concursal establecido en el edicto, y que facultaba a los acreedores para vender detalladamente los bienes del deudor. También existía el ya comentado plazo de tregua de cinco años concedido por los acreedores, el cual se presentaba como una forma alternativa a la solución más extrema de la venta de los bienes.

En el moderno derecho de quiebras reconocemos estas formas alternativas al procedimiento concursal general en los concursos de orden convencional: los convenios extrajudiciales y los judiciales, que tienen por objeto evitar la declaración de quiebra o ponerle término una vez que haya sido iniciada. Los convenios, que se basan en el principio de la autonomía de la voluntad y, que, a diferencia de la quiebra, son de naturaleza no ejecutiva, revisten bastante importancia económica, debido a que permiten que el deudor continúe adelante su actividad, lo que, en muchos casos, beneficia a los propios acreedores. En efecto, la continuación del giro y la posibilidad de enajenar el patrimonio como unidad económica manifiestan esta tendencia, característica del moderno derecho concursal, de evitar la desintegración patrimonial y tutelar el interés de los acreedores de una forma menos agresiva. Es particularmente interesante a este respecto el hecho de que en el convenio judicial preventivo basta con la mayoría para que se lleve a efecto, sin que sea necesaria la unanimidad. De este modo, un acreedor que no esté de acuerdo con las proposiciones del convenio se va a ver obligado a acatarlas y no va a poder solicitar la quiebra.

<sup>82</sup> D.42.3.9-Marcian. 15 *inst.*

### III. CONCLUSIONES

Si bien es cierto, algunos de los actuales trámites, órganos y figuras concursales no parecen tener un paralelo en el derecho concursal romano, sí podemos decir que los principios que informan el derecho vigente en esta materia son romanos. Así sucede con la universalidad de la ejecución, con la concursalidad, la jurisdiccionalidad, e incluso con algunas de las formas alternativas al procedimiento general. De este modo, bien puede afirmarse que el procedimiento concursal romano ha influido notablemente en el actual sistema concursal. Hay, por supuesto, una serie de medidas y de mecanismos que han surgido en el derecho actual, derivados del volumen y celeridad de los negocios así como de la dinamicidad de la economía, que en derecho romano no se hubieran justificado. Son acaso estos mecanismos y órganos (piénsese, por ejemplo, en la Fiscalía Nacional de Quiebras, de la legislación chilena, que confiere al procedimiento un marcado sesgo publicístico) los que dan al moderno derecho concursal una apariencia un tanto diferente a la del procedimiento concursal clásico. De todos modos, es en el derecho romano clásico, gracias a las normas del edicto del pretor, donde quedaron consagrados los principios que hasta hoy día son absolutamente fundamentales para lograr la efectiva tutela del crédito y la satisfacción justa y proporcional de todos los acreedores, que parece ser el eje sobre el que se configura todo procedimiento concursal.

Por otra parte, en la actual legislación concursal -y ya no nos referimos sólo a la nacional- se observa una tendencia a evitar la desintegración patrimonial y a arbitrar una serie de mecanismos que propendan a la continuación de la actividad que se venía desarrollando. Es por esta razón que en el derecho concursal moderno aparecen reguladas minuciosamente toda esa serie de acuerdos entre los acreedores y el deudor, que permiten la continuación del giro y evitan la declaración de quiebra o le ponen término si ya ha sido declarada. Esta regulación no era necesaria en el derecho romano porque el volumen de transacciones y negocios no alcanzaba las dimensiones que hoy en día, y, si encontramos algunos antecedentes de dichos mecanismos -piénsese, por ejemplo, en el *moratorium* de Justiniano- ello se debió más a razones humanitarias que económicas. En efecto, si se trata de dar satisfacción a los acreedores y de proteger el crédito, esto, muchas veces se logra de una forma más conveniente, no con la ejecución, sino con la continuación de los negocios que dieron origen a esos créditos.

Todo esto nos lleva a preguntarnos acerca de la naturaleza, significado y funciones de la ejecución, materia de suyo compleja y que ha variado notablemente a través de las distintas épocas de la historia del derecho. Así, en los orígenes más remotos del derecho romano, el incumplimiento de las obligaciones o la no colaboración con el proceso se castigaba con penas muy severas, que recaían directamente en el cuerpo del deudor, no siendo posible, por otra parte, hablar en esta época de un procedimiento concursal. Cuando se sustituye la ejecución sobre la persona por la ejecución patrimonial se produce un definitivo e importantísimo avance, sobre todo por lo que se refiere a la aparición de la idea de concurso y de

distribución proporcional de los resultados de la venta de los bienes entre los acreedores. En cuanto a los objetivos que perseguían los trámites concursales, ellos claramente se dirigían a sancionar conductas obstaculizadoras del proceso o a castigar el incumplimiento de las propias obligaciones. En nuestros tiempos, aunque sigue siendo plenamente vigente la idea de concurso como modo de ejecución patrimonial y, por lo tanto, con un fin sancionatorio, se han ideado y desarrollado con profusión diversos mecanismos que se dirigen no tanto a ejecutar, sino a proveer de la manera más conveniente a los intereses de la colectividad de los acreedores e incluso de la sociedad. Puede decirse, pues, que en los tiempos modernos el procedimiento concursal tiene cada vez un significado económico más importante, quedando, en cambio, desplazado a un lugar secundario el objetivo punitivo al que ya nos hemos referido. De todos modos, no parece que vaya a desaparecer definitiva y totalmente la ejecución patrimonial en su función sancionatoria, es decir, propiamente ejecutiva, ya que, en muchos casos, es absolutamente necesaria, como por ejemplo, cuando el estado de los negocios del deudor es nefasto.