Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 199
AÑO LXIV
ENERO - JUNIO 1996
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LA QUIEBRA A TRAVES DE LOS TIEMPOS

DANIEL DESURVIRE*

LA PREHISTORIA DE LA DEUDA: UN DERECHO CASI ABSOLUTO DE LOS ACREEDORES

I. Desde la noche de los tiempos... de Dracón a Solón

Los faraones Sesostris y Boccoris[1] ya estuvieron en su época bien inspirados al reducir en todo Egipto las crueldades carcelarias infligidas a los deudores insolventes. Solón se inspiró en esta medida al elaborar sus leyes y, así como lo relató Diodoro[2] , el más célebre de los Siete Sabios dispuso en su época que no se arrestase por deudas civiles. A ello el arconte añadió que tampoco había que prestar con usura[3] .

Mientras que Dracón había instaurado en Atenas la autoridad con un rigor judicial implacable en materia de derecho penal, debilitando con ello la justicia consuetudinaria de los clanes familiares[4], Solón decretó posteriormente el estado de *seisachtheia* [5] contra la arbitrariedad del *genos*, o la venganza privada de los nobles. Esta ley amnistió abruptamente a miles de deudores de todas sus deudas, sin ninguna indemnización para los acreedores; pero favoreció el surgi-

*Tomado del libro *Histoire de la banqueroute et faillite contemporaine* de Daniel Desurvire y traducido por Marta Bianchi N. y Claudette Bordagorry V. (Universidad de Concepción).

[1]Diodoro, libro I, parte II, capítulo III; in *De l'esprit des lois*, Monstesquieu narra que "Boccoris la había establecido y que Sesostris la había renovado". Pensamos que hay que invertir este orden puesto que la única Dinastía Saíta, la XXIV, es muy posterior a la de los Sesostris (XII Dinastía).

[2]Op. cit. libro I.

[3]Plutarco en el tratado, op. cit. Montesquieu, libro XX, capítulo XV.

[4]Este código, redactado en 621 a.J.C., aunque considerado severo por Solón, constituyó -sin embargo- la base de la totalidad de las reformas sociales y políticas que el sabio hizo en su época.

[5]"Rechazo del proceso", ley que ordenaba que ya nadie sería encarcelado por deudas civiles.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

miento de una nueva prosperidad económica en una región en que la tierra y el trabajo no alimentaban más que la avidez de ciertos poderosos propietarios o mercaderes de esclavos.

Así los campesinos que se veían a menudo obligados a endeudarse después de los frecuentes desastres de una guerra o de las inclemencias del tiempo empeñaban la totalidad de sus tierras sobre las cuales se plantaban "cotos de servidumbre" hasta la total cancelación de la deuda, para lo cual el campesino se comprometía a entregar al acreedor una parte de su cosecha[6] . Pero al no poder pagar este compromiso en los plazos estipulados, el desdichado deudor era inexorablemente condenado a resarcirlo con su persona y también con la entrega de su familia -mujer e hijos[7] eran vendidos como esclavos en los confines de Atica- siempre y cuando el infortunado abrumado de deudas no hubiese deliberadamente escogido en la fuga la infamante condición de apátrida. Es en estos términos que Aristóteles[8] nos narra cómo Solón puso término a las consecuencias desastrosas de este extraño contrato de prenda sobre el hombre que alienaba tanto su libertad como su patrimonio: "La venerable madre de los dioses del Olimpo, la Tierra Negra, de la que arranqué los cotos enterrados por todas partes, esclava antaño, ahora es libre".

Esta ley que tuvo efectos retroactivos debía igualmente rehabilitar a los atenienses en exilio, desposeídos y esclavizados, y luego, permitirles retomar posesión de sus bienes, liberados de la humillante servidumbre y del horror que provoca la irritación de su amo. Imaginamos sin dificultad -en el contexto tradicional de esa época dominada por el atavismo político del poder oligárquico- cuáles fueron las consecuencias sociales de este formidable progreso jurídico en la historia de la antigüedad. Las bases de la sociedad griega se desmoronaron por efecto de las libertades individuales súbitamente adquiridas en detrimento de la hegemonía y de la corrupción de los cupátridas cuyos privilegios fueron sucesivamente reducidos por Dracón y luego por Solón.

II. El tratamiento de los fallidos bajo el Imperio Romano

La aplastante amenaza que pesaba sobre los deudores en Roma no tenía sino el poder de la disuasión que lograba impedir que contrajesen deudas más allá de sus medios económicos. Que se permitiese a los acreedores cortar en pedazos equitativos el cadáver del deudor insolvente medido y reducido al monto de cada una de sus deudas da una idea del arcaísmo de una justicia que se legitimaba por su misma atrocidad. Mientras más cruel fuese la ley, más respetada era según una relación de fuerzas que daba a la obligación personal su plena eficiencia jurídica. A pesar de los gritos y gemidos de los deudores victimados que re-

[6] La interpretación sigue siendo en la actualidad discutida entre 1/6 o 5/6 (*hectemore, sizniер*) del fruto de la cosecha. Cf.: Michel Humbert; "Institutions politiques et sociales de l'antiquité", Précis Dalloz, capítulos 43 y 60.

[7] Algunos vendían a sus propios hijos para pagar sus deudas (Plutarco; "Vida de Solón"), in *De l'esprit des lois*, libro XII, capítulo XXI.

[8] A.P. 12, 4: op. cit. M. Humbert, in *Aube de la democratie* (650-501 antes J.C.).

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sonaban a través de la ciudad y de los campos bajo el yugo de los *nexi* [9], el jurisconsulto Cecilius -refiriéndose a la primera recopilación de leyes escritas[10]- afirmó que no había oído decir jamás que se hubiesen cometido semejantes atrocidades.

La gran Roma, pueblo guerrero y labrador, sentía un profundo desprecio por los comerciantes para quienes no se había establecido ninguna legislación comercial. Sin embargo, al amparo de la unidad de las instituciones se habían puesto en práctica varios procedimientos.

La venta de los bienes (*venditio bonorum*) provenía de un embargo cuyo resguardo era confiado a un "magister". Este curador tenía todas las funciones de un síndico con el poder de vender los bienes confiscados al deudor o entregarlos a los acreedores de la acción. La institución respondía a un principio igualitario al crear una verdadera *masa* de acreedores, que incluía a aquellos que no obstante ser conocidos no participaban en la acción. Mediante la *venditio bonorum* se procedía a la venta de los bienes por adjudicación; y se hacía del adquirente un sucesor a título universal del deudor. El producto de esta venta era entonces repartido entre *la masa* el que al no ser suficiente para resarcir a la totalidad de los acreedores era redistribuido proporcionalmente a los derechos que a continuación se señalan: prioritariamente hipotecas y gradaciones; luego el resto, distribuido según la importancia respectiva de los créditos quirografarios.

Más expeditiva, la "*manus injectio*" operaba como un procedimiento ejecutorio por el cual el deudor disponía de un plazo de sesenta días antes que fuese pronunciada su sentencia de muerte o su exilio como esclavo allende el Tíber. En el intertanto, un *vindex*, especie de representante caritativo que actuaba en representación del deudor preso, se encargaba -pero sin gran ilusión- de satisfacer las deudas y compromisos del desdichado con la pena suspendida.

Sin embargo, según la historia narrada por Tito Livio[11] , se acostumbraba hasta el término de la elaboración de la Ley de las Doce Tablas de bronce, hacia 449 antes de nuestra era, encarcelar a los fallidos por deudas o fallidos venderlos sin que interviniesen los magistrados de la ciudad. Posteriormente, leyes específicas dieron a los deudores facilidades de pago y, en el año 428 de Roma, los cónsules pusieron fin a la servidumbre de los deudores: "*Eo, anno plebi romanoe, velut aliud initim libertatis factum est necti desierun*"[12]. Pero reformar ciertas prerrogativas seculares profundamente ancladas en las mentalidades de la aristocracia terrateniente demostró ser políticamente difícil.

[9]Op. cit., Précis Dalloz; "El deudor ligado (*nexus*) por su obligación (*nexum*) compromete su propia persona. Es un condenado con la pena suspendida. Si no paga en la fecha de vencimiento queda bajo el poder del acreedor sin que ninguna sentencia sea dictada..." in *La cité républicaine* (de 509 a 150 antes de J.C.).

[10]En Aulu-Gelle, libro XX, capítulo I.

[11]Primera década, libro II.

[12]Con esta promulgación, los cónsules despojaron a los acreedores del derecho de mantener al deudor en servidumbre en sus casas: *Bona debitoris, non corpus obnoxium esset*. Tito Livio, libro VIII in De l'esprit des lois, op. cit. libro XII/XXI.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La abolición de esas odiosas prácticas se hacía necesaria para preservar la república romana ante el número creciente de ciudadanos secretamente encerrados en las celdas de las casas burguesas. He aquí lo que Dionisio de Halicarnaso cuenta: "Que un hombre cubierto de llagas se escapó de la vivienda de su acreedor y apareció en la plaza pública"[13] ; o también: "Un usurero llamado Papirus había querido corromper el pudor de un joven llamado Publius, que él mantenía esclavizado". El pueblo se conmovió ante estos odiosos espectáculos y se instaló -se dice- en la colina janículo para mostrar su cólera. Con esta toma de conciencia popular, los deudores obtuvieron progresivamente la clemencia de los legisladores, quienes le quitaron a los acreedores el derecho a tener en servidumbre a los deudores[14]. La crisis agraria y el endeudamiento de las clases plebeyas en conflicto permanente con el poder de los patricios aumentaban la inseguridad ya creciente con la amenaza de las guerras fuera de la ciudad: "Se indignaban por tener que defender externamente la libertad y el poder de Roma pero que internamente sus propios conciudadanos fuesen tiranos y opresores"[15].

Incansables, sin embargo, los ricos terratenientes se apropiaban de la mayoría de las explotaciones agrícolas, mientras la gente más necesitada de los campos y de las ciudades se hundía inexorablemente en una miseria endémica. El plebiscito de Licinius-Sextius en 367 antes de Jesucristo aportó poco o nada a la democracia. La reglamentación de la usura -lo que explica las vicisitudes de los acreedores desesperados en especial de aquellos que fueron víctimas de los incendios perpetrados por las hordas galas- debería concretamente haber otorgado más allá de una legítima moratoria, una sensible reducción de las deudas contraídas por la plebe campesina; así como el *ager publicus* (ley agraria) intentaba en vano proporcionar una expectativa de equidad en la repartición de los bienes raíces entre la gente del pueblo y las clases burguesas. Debido al boicot electoral, al veto político o al fraude institucional, la ciudad privada de sus magistrados (*solitudo magistratuum*), quedaba a menudo impotente, y a la anarquía prefería aún la dictadura.

Será necesario esperar la obra colosal de Cayo Julio César para que finalmente se organice la quiebra judicial de los deudores insolventes; pero sobre todo la abolición del arresto subsidiario por deudas civiles. Así, durante el transcurso del período clásico, algunos ajustes jurídicos que datan de 118 antes de Jesucristo, permitieron al fallido escapar a lo peor, especialmente mediante la renuncia a todos sus bienes. Según un pliego de condiciones (*lex venditionis*), el prestamista asistido por un curador (*curator*) y por un liquidador (*magister*) nombrado por ese magistrado, procedía a informar a los acreedores para organizar ya sea la venta (*addictio*) al mejor postor (*bonorum emptor*) de todo el patrimonio del deudor; ya sea la cesión de los bienes en bloque (*bonorum cession*) solamente destinada a los deudores reconocidamente honestos y que obtenían este derecho por privilegio imperial. Menos condescendiente, la "*distrac-*

[13]Antigüedad romana, libro VII, in ***De l'esprit des lois***, libro XII, capítulo XXI.
[14]*Bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ibid.*
[15]Tito Livio, libro II, XXIII, año 495.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tio bonorum", según un procedimiento casi idéntico pero más antiguo que el Bajo Imperio, ordenaba una venta al detalle mediante subastas públicas.

Al redactar *los commentarü de bello civili*[16], César estaba consciente que tanto desequilibrio económico y tantas discordias internas no podían sino desembocar en un ineluctable fracaso del poder. Alimentar al pueblo organizando reformas agrarias en base a una verdadera legislación social, equivalía también a neutralizar la revolución ascendente a semejanza del histórico proyecto jurídico de Solón, cuyo postulado retomó hábilmente el hombre de las *populares*.

III. El derecho romano hacia la época de la decadencia del Imperio de Occidente

Antes del advenimiento de las *leges*[17], el derecho romano se había gestado en torno a las instancias creadas por los magistrados de la ciudad. Así el prestamista que iniciaba un procedimiento judicial, ampliaba el alcance jurídico del derecho mediante una acción nueva, sin que la ley permitiese, por otra parte, legislar respecto al derecho pretoriano o armonizar la jurisprudencia. Un edicto ilustra este *statu quo* de los años -125 a +50 que vedaba la equidad de las reglas de derecho relacionadas esencialmente con la situación social de los justiciables; *a fortiori* cuando los culpables, de condición plebeya, caían en el ámbito de las leyes orales y de los abusos que permitía la improvisación de una justicia sin límites.

Sin duda alguna, la ley escrita respondía a una imperiosa necesidad de organización en los asuntos administrativos del Imperio Romano. Sin embargo, el conocimiento del derecho público y privado extendido a la totalidad de las poblaciones, presentaba para el patriciado un peligro que conlleva graves consecuencias. La vulgarización de una ciencia hasta entonces mística -supeditada a los privilegios de la aristocracia y de la soberanía jurisdiccional de los tribunos- debía tarde o temprano socavar las defensas del *imperium* consular. Esta reforma del derecho que se exhibía en el *Forum* tenía cariz revolucionario. La reforma antes citada consolidó la independencia de los jueces y definió la competencia de los tribunales en el terreno de la justicia, señalando su papel y las atribuciones vinculadas a los procedimientos de secuestro, de publicidad, a la designación de los magistrados y a la organización de las subastas públicas. Luego sancionó la fuerza tribunicia legalizándola y anexó las leyes *Valeriae Horatiae* a las Doce Tablas, prueba de una voluntad de concordia y de evolución democrática entre las masas antagonistas.

Entre la ley de las Doce Tablas redactada por los *decemviri* y las recopilaciones del emperador Justiniano[18] cuyo *corpus iuris civilis* fue publicado en su totalidad hacia 530 en Oriente y mucho más tarde en Occidente (siglo XII), otras obras legislativas notables fueron publicadas tales como el Código gregoriano[19] en 292 o el Código teodosiano promulgado por Teodosio II en 438.

[16]Comentarios sobre la guerra civil.
[17]Constituciones imperiales que definían las reglas de derecho.
[18]El *Digesto*, el *Código* y la *Instituta*.
[19]Textos que se remontan hasta Adriano.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La noción de deuda de dinero en el derecho clásico romano fue castigada durante largo tiempo con *corpus obnoxium* [20] sin discernir entre la falta que emanaba de un acto lícito y el delito manifiesto. Sin embargo, muy posteriormente, ciertas leyes[21] distinguieron al deudor contractual que reconocía honestamente su deuda (*debere*), del delincuente convicto por fraude (*obligatus eius rei noxiaeue*); vale decir, la bancarrota simple de la bancarrota fraudulenta cuyas consecuencias jurídicas reducían la deuda *ex delicto* a una acción reparatoria *in personam* convertible en pena pecuniaria (*la poena*)[22], manifiestamente preferible a la vindicta del *creditor* ofendido. Instituyendo más sólidamente el Estado de derecho contra la arbitrariedad pública y el talión individual, una ley agraria aplicada 111 años antes de nuestra era, ordenó que los cónsules o pretores competentes en los asuntos privados estarían obligados a designar *recuperatores*[23] para arbitrar los procesos civiles o comerciales entre una nación y otra. Su intervención como juez o jurado permitía con toda verosimilitud garantizar la soberanía del derecho romano tanto dentro como fuera de la ciudad.

El refuerzo del dispositivo de Estado contra las violencias provocadas por los negocios por razones de impagados, suscitó una mayor vigilancia de los acreedores que se centró en torno a las relaciones contractuales y a la remisión del poder agresivo del derecho de crédito. Así según la fórmula del contrato, una estipulación de pena (*stipulatio poena*) podía igualmente incluir efectos frustrantes de modo que en caso de incumplimiento de su compromiso, el deudor se exponía además de pagar daños y perjuicios a la confiscación de un bien empeñado o al despojo de un esclavo a cambio de la promesa de pago. Esta acumulación de garantías ofrecía a la acción pretoriana un margen de eficacia para reprimir la impostura o la duplicidad de hábiles bribones capaces de abusar de la confianza de los acreedores (*fraus creditorum*)[24].

IV. Bárbaros y Francia medieval: un período difícil

De la perfección de las ciencias jurídicas de las civilizaciones helénicas a la riqueza del derecho romano, la Edad Media pasó, a través de los siglos, a la decadencia de los conocimientos universales. Esta lenta asfixia intelectual -causada por la torpeza de la ignorancia y por la pauperización- benefició a los poderosos

[20] El derecho del ofendido sobre la persona del ofensor Cf.: A.E. Giffard, *Droit romain et ancien droit français*.

[21] Especialmente la *lex Aquilia* o la *lex de Gallia Cisalpina*, siglos V y VIII de la era cristiana.

[22] Del griego "indemnización".

[23] Cf: A. Lintot, "Le procès devant les recuperatores d'après les données épigraphiques, jusqu'au règne d'Auguste", *Revista histórica de derecho* (Sirey), Nº 68, enero-marzo 1990.

[24] El fraude contra los acreedores es la causa de la acción *in factum* como reparación del perjuicio causado así como la acción pauliana (*actio pauliana*) cuyos orígenes se remontan a Cicerón.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

señores feudales y a la catequesis apostólica que escondía el saber en un proselitismo exaltador[25].

Mientras que el Imperio había transmitido su herencia jurídica a los pueblos conquistados -como por ejemplo el edicto de *Caracalla* en el siglo III en favor de la Galia-, diversidad de los grupos étnicos -lo que originó un enmarañamiento de las costumbres locales- no permitió una fusión del derecho, sino una frágil coexistencia pacífica de las jurisdicciones que las necesidades del comercio y de los intercambios entre las tribus germánicas y galorromanas mantenían.

Después de la caída del Imperio de Occidente en el año 476, los visigodos y los burgundas conservaron ulteriormente sus costumbres ancestrales sin imponérselas, sin embargo, a los galorromanos. En esta sucesión de conquistas, la hegemonía de los francos -que se extendió sobre todo el territorio de la Galia en el siglo VI- impuso su orden consuetudinario salio y ripuario, sin obligar a las otras etnias bárbaras sometidas a adoptarlas. Con cada una de las razas que obedecía a sus propias leyes, nacía una especie de federación (*foederati*) en el desorden y la fusión de un curioso sistema jurídico que llevaba a los jueces a preguntar a los litigantes *sub qua lege vivis*? (¿bajo que ley viven?).

Sin embargo -antes que se estableciera históricamente una combinación de la personalidad de las leyes romanas, bárbaras y sálicas (*leges barbarorum*) que debía desembocar en el antiguo derecho francés- numerosos conflictos llevaron ostensiblemente a los pueblos a entenderse de antemano acerca de la legislación que debía regir los términos de sus contratos y las bases sobre las que podían arreglar sus diferendos. Es así como progresivamente el derecho territorial debía eliminar durante el siglo X las carencias de las leyes originales.

Un valioso testimonio de estas costumbres locales contenidas en una recopilación de las ordenanzas[26] deja constancia de una *Carta* de Luis El Joven del año 1168. Esta ley local -que se remonta a orígenes aún más lejanos- autorizaba la práctica de la acción judicial por toda demanda de deudas que excediese cinco sueldos (doce denarios de la época de San Luis). Según Beaumanoir era usual antiguamente en Francia[27] contratar los servicios de un paladín contra la ofensa de un deudor desaprensivo que no hubiere cumplido con ese compromiso de honor. Esta curiosa jurisprudencia tuvo, al parecer, una prodigiosa extensión en esa época tanto en lo que se refiere a las costumbres como a las relaciones de negocios.

[25]Sólo algunos establecimientos comerciales italianos como Génova, Milán, Florencia o Venecia desarrollaron en la edad media un alto grado de tecnicismo jurídico incomparablemente superior al derecho consuetudinario francés. Fue especialmente a petición de los comerciantes que se establecieron normas referentes a la quiebra de manera constante y notoria *ex causa negociationis vel cambii* (Cf. Jean Hilaire: *Introduction historique au droit commercial*, P.U.F., páginas 306 y siguiente).

[26]Montesquieu in *De l'esprit des lois*, libro XXVIII/XIX.

[27]Beaumanoir, capítulo LXIII, pág. 325. Ver igualmente *La Coutume de Beauvoisin*, capítulo XXVIII, pág. 203.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Durante el segundo período que abarca la alta edad media coexistían en la organización judicial dos prácticas de justicia:" la de los señores del reino y la de la *curia regis*, manifestación del poder totalmente relativo del monarca. A semejanza de los *placita generalia* carolíngeos[28] -especie de asamblea aristocrática que se reunía en torno al rey franco-, la curia representada por los bailes* y sus lugartenientes y luego, en el siglo XIV, por gobernadores, tenía por función representar a la justicia del soberano en las provincias y controlar al igual que los senescales- cuya función desapareció en 1191- la gestión del patrimonio público de los prebostes[29].

Las jurisdicciones de la Iglesia tenían también dentro de su competencia (*ratione meteriae*) el juzgar crímenes de usura. Sin embargo, la justicia espiritual debía remitirse "al brazo secular" cuando la gravedad de la falta exigía una pena de sangre, veredicto que se reservaba la serenísima corona de Francia.

Los delitos relativos al no pago del impuesto en el siglo XIII estaban por su parte afectos a pesadas multas e incluso a la incautación censual que permitía al señor recuperar el pago de estos impuestos hipotecarios, apropiándose de los ingresos de la tierrra. Esta incautación feudal -especie de detención que hacía que el trabajo forzado no dejase de ser una prisión para el hombre- permitía de este modo al señor feudal pagarse con los frutos del trabajo, sin confiscar el feudo productor de ingresos, y sin el cual el vasallo habría perdido toda esperanza de cumplir con su compromiso de honor. Pero se adivina fácilmente, tras la aparente clemencia de esta medida provisoria y conminatoria, el duro trabajo que debía realizarse para pagar tanto el impuesto normal como las decursas así como también las multas infligidas sin indulgencia y dejadas al juicio del acreedor.

Sobre las bases del derecho romano que renace después del siglo XVI, varias doctrinas surgieron en torno a las condiciones de exigibilidad de la deuda, entre las cuales cabe mencionar la teoría de las tres faltas imputables al caso fortuito, de la fuerza mayor y del dolo. Las dos primeras no gozaron del favor de los jueces empero los deudores tuvieron casi todos que responder de su falta como delito en virtud de la intangibilidad de la cláusula penal erigida en *primat de facto*. Además, el incumplimiento *ab initio* de las obligaciones del deudor acarreaba una estimación judicial de los daños y perjuicios sin poderse acoger a *moratorium* a los que se agregaban multas en caso de fraude convencional comprobado.

Señalemos que a través del tiempo se han perpetuado estas disposiciones medievales relativas al derecho de contratos expuestos en el *Traité des obligations* de Robert Pothier, el que, en su época, se inspiró a su vez profusamente en las obras redactadas hacia 1560 de Charles Dumoulin sobre las costumbres y

[28]"Asambleas generales" que comprendía una jerarquía de sujetos letrados y laicos a los que el rey sometía sus decisiones de derecho (leyes y decretos) dos veces al año.

[29]Cf: P.-C. Timbal y A. Castaldo, *Histoire des institutions publiques et des faits sociaux* (Précis Dalloz) capítulos 534 y 535.

*baile: antiguamente juez de ciertos pueblos de señorío.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el derecho romano, del que se conservan los artículos 1111, 1150, 1151, 1227 y siguientes del Código de Napoleón y que se han mantenido invariables en la actual versión del Código Civil.

V. Las vías de ejecución desde el Renacimiento hasta la segunda mitad del siglo XVI

Remontándonos tan lejos como sea posible en la historia de la reglamentación francesa de los embargos y ejecuciones, comprobamos que el artículo 66 de la Ordenanza de 1539 ya fijaba las reglas de competencia territorial en estos términos: "Las partes en quienes recaen estas obligaciones caen en el ámbito de la jurisdicción en la que estos Sellos son legales". Algunos años antes, otra ordenanza de Francisco I (agosto de 1536, artículo 41) normaba las formas de procedimientos, a saber que el embargo a partir de la fecha de la notificación de las sentencias era ejecutoria por provisión a pesar de la oposición del deudor y a falta de juicio contradictorio (ver *infra* cap. VII).

Posteriormente, se introdujo, sin embargo, algunas modificaciones -mejorando en algunos aspectos la suerte de los deudores- mediante una reglamentación impresa de la comunidad de los Procuradores de la jurisdicción criminal de Orléans con fecha 6 de noviembre de 1700 (artículo 5), la que otorgaba un plazo de 24 horas al condenado para recurrir en casación luego que la sentencia le hubiese sido notificada. En virtud de una declaración del rey de fecha 17 de febrero de 1688 por la que se reglamentan las salinas, etc., se impuso un plazo de ocho días civiles entre la orden y la ejecución del embargo. Pero además, en un acta de notoriedad de la jurisdicción criminal de París del 23 de julio de 1707, se estableció que no era necesario que el embargo se ejecutase inmediatamente después de dictada la orden puesto que podían transcurrir treinta años sin que se hubiese procedido a una orden reiterativa.

Parece extraño, en nuestros días, comprobar la precisión con la que se expresaba el derecho antiguo, que, sin embargo, estaba tan alejado del sutil pensamiento filosófico de la Grecia clásica o de la superioridad intelectual de la gran Roma; pero ¡tan cerca del Renacimiento de los Valois -Angulema que acababa de liberarse del peso secular de los valores medievales! El despertar del derecho civil y comercial francés se produjo por calcos sucesivos de las leyes romanas recogidas a través de las resoluciones judiciales, enriquecidas con *extraordinarias y singulares observaciones* [30]. En las recopilaciones de las sentencias de las Cortes de Francia y de otras autoridades encontramos un cierto número de disposiciones jurídicas relativas al derecho de los contratos que obligaban -por ejemplo- al banquero culpable de no haber enviado en el tiempo convenido las ganancias, las bulas o las firmas, a pagar daños y perjuicios a su cliente, al igual que el comerciante que era considerado solidariamente responsable de las deudas de su *agente* (agente comercial); desde el momento en que este último había tomado

[30] Ver "Réponses et décisions du droit français, rapportées au romain, confirmées par arrests des Cours de Parlement de ce Royaume et Privé du Roy, grand Conseil", por L. Charondas le Caron, París, 1602 (P. L'Huillier et I. Mettayer) impresores y libreros del Rey.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mercaderías a título personal, aun cuando el comerciante negaba siempre "haber dado dinero a su agente".

En materia de derecho de sucesión, los acreedores no fueron olvidados, por ejemplo aquel que legaba sus bienes o heredaba bienes no podía renunciar a ellos si esto iba en perjuicio de sus acreedores. Además, el heredero del usufructo de los bienes gananciales -al no haber dejado el testatario otros bienes- era responsable de las deudas de éste.

Basado en un artículo del derecho consuetudinario de París, el matrimonio hacía al marido solidario de las deudas contraídas por su esposa aun cuando se tratase de pagar las deudas pendientes de un primer matrimonio.

La ley podía mostrarse igualmente clemente con los deudores desafortunados. Así por ejemplo, el campesino víctima de tormentas -calamidad insólita y extraordinaria- podía pedir remisión, disminución o descargo de su deuda no obstante la promesa previa de pagar el alquiler o el arrendamiento.

Pero lo más sorprendente nos llega de la eficacia judicial relacionada con las vías de ejecución que eran tan rigurosas para con los deudores descorteses como con los procedimientos utilizados por los ministros de fe y los tenientes. Por ello reconocía: "que la humanidad reunida en una fuerza civil necesita que se proceda sin violencia ni impetuosidad sino que por el contrario con templanza y poco apremio a la ejecución de las disposiciones reales, de las decisiones de los Tribunales de las Cortes, como hubiese sido dispuesto por las leyes romanas"[31].

¡Cuán lejos estamos (abramos este paréntesis en la historia y atrevámonos a echar una mirada a la metamorfosis temporal de las mentalidades) de la fría determinación o del cinismo apacible del ministro de fe Malicorne! Verdadera encarnación del Diablo, este personaje evocado en una novela irónica de Marcel Aymé en 1942, condena mediante una ficción burlesca a todos los miembros de una misma profesión invitados a beber, delante del santo de las llaves, el amargo brebaje de las lágrimas derramadas por "la viuda y el huérfano" -víctimas de los embargos mobiliarios- y los locatarios desvalidos -víctimas de otras notificaciones de expulsión. Entre la abjuración de un ministerio excluido de la sociedad y el cumplimiento obstinado de un cargo honorable de oficial público que el autor en un panfleto mordaz decidió deliberadamente hacer indigesto, la elección del poeta es evidente; pues según el pensamiento de Plauto: "el hombre es un lobo para el hombre".

El ministro de fe que procedía a una ejecución en contra de la parte deudora debía ejecutar la orden en un lugar apropiado como por ejemplo el domicilio del deudor. En efecto, proceder a una ejecución contra un hombre fuera de su casa, en la calle u otro lugar donde no tenía ninguna comodidad para pagar o no llevaba ningún dinero consigo, habría sido muy agresivo, descortés y escandaloso. El ministro de fe que hubiese faltado de este modo a sus obligaciones se exponía él mismo a una condena en costas, daños e intereses como ya había sido anteriormente fallado por varias sentencias del Tribu-

[31] Ibid.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nal[32], por ejemplo aquélla dictada el martes 30 de marzo de 1563 contra un sargento: "el que para ejecutar a un hombre honesto de París que pasaba por la calle, lo habría hecho bajar a la fuerza de su caballo o mula".

Otra sentencia del 5 de julio de 1582 establecía que como consecuencia de una ejecución llevada a cabo en la persona de un abogado en el palacio de los Tribunales, el ministro de fe portador de una orden habría sido declarado torturador y juzgado como tal. Curiosa narración también aquella que da cuenta de la ejecución ilegal de un recién casado al día siguiente de su matrimonio al salir de la cama nupcial en la casa del padre de su esposa; o también eran consideradas igualmente torturadoras las ejecuciones llevadas a cabo en una hora inoportuna e indebida, hacia las diez u once horas de la noche.

Como estas expediciones nocturnas provocaban la cólera, el tumulto y vivas emociones en el vecindario fueron por lo tanto suprimidas mediante una sentencia del 20 de marzo de 1576. Además estaba igualmente prohibido a los ministros de fe y a los sargentos escalar las murallas y forzar las entradas de las casas vacías, pues se reconocía que tales actos procedían más bien de la animosidad que de actos de justicia. En este caso, el Tribunal ante quien se recurría en apelación tenía por costumbre condenar al apelado a pagar costas, daños e intereses, e incluso obligar a estos oficiales a comparecer en persona como fue fallado, en París, según sentencias pronunciadas en audiencia pública el 20 de abril de 1574 y el 14 de abril de 1578.

El permiso para forzar la apertura de una casa en ausencia de sus ocupantes era únicamente atribución del juez. En otras palabras, la apertura forzada de una vivienda y la confiscación de los bienes no respaldados por una orden judicial era considerada efracción y pillaje según fue fallado en París el jueves 13 de diciembre de 1565[33].

VI. Las primeras ordenanzas reales referentes a los fallidos y a los quebrados

Bajo el reinado de los Valois, la severidad hacia los quebrados sólo fue igualada por la de los romanos. Es así como en enero de 1560 en la Ordenanza general dictada en Orléans relativa a las quejas, las reclamaciones y las advertencias de los estados convocados por Carlos IX, se estableció en el artículo 143: "Contra todos los quebrados y aquellos que cometan falta de fraude, se procederá criminalmente y se les aplicará la pena capital". El reinado de Enrique III no fue menos inflexible puesto que en la Ordenanza de Blois relativa al orden público en el reino, redactada en noviembre de 1576 ante los Estados generales, se decretó en el artículo 205: "Disponemos que en las ordenanzas dictadas contra

[32]Citada por Rebusse, Papon y otros jurisconsultos, op. cit. *Réponses et décisions du droit français*, capítulo CC XVII.

[33]Cf: D. Desurvire, *Faillite et banqueroute de l'antiquité au Grand siècle*, Histoire Nº 538, octubre 1991, páginas 30 y siguientes (Ed. Tallandier).

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los quebrados y aquellos que dolosa y fraudulentamente quiebran o cedan bienes se establezca que éstos sean detenidos y que tales engaños públicos sean castigados y que contra ellos se proceda criminalmente y de manera ejemplar".

En nombre de la moralidad pública y teniendo igualmente en consideración las tendencias hugonotas del maniquéismo político del rey Enrique de Navarra, estas severas disposiciones contra los fallidos fueron restablecidas en 1609 con fines indudablemente económicos pero que recordaban el derecho riguroso que castigaba duramente a los individuos condenados por deuda. Incluso el Papa Pío V en su bula del 3 de noviembre de 1570 se había pronunciado por la pena de muerte y la excomunión contra los quebrados fraudulentos perseguidos de este modo más allá de la muerte al ser privados de sepultura y de los últimos sacramentos eucarísticos, inexorablemente destinados a la condenación eterna y a la expiación infernal.

Estas declaraciones no dejaban ninguna duda acerca del sentido de las inflexiones adverbiales *in fine*: la pena capital reservada a los quebrados fraudulentos afectaba sin discernimiento al simple fallido ya que su fracaso comercial se acompañaba de una incapacidad para pagar sus deudas. La insolvencia a menudo asociada al engaño, teniendo en cuenta la confianza públicamente escarnecida del acreedor, exigía una justicia implacable ejemplificada por estas dos ordenanzas reales que fueron durante casi dos siglos citadas como modelo[54].

Carlos IX, a quien se debe la Ordenanza de Moulins promulgada en febrero de 1566, dio a la prisión por deudas una dimensión plenamente judicial. Esta disposición real permitió agregar a las leyes represivas de la época contra los fallidos un capítulo menos expeditivo, pero que no le iba a la zaga a la declaración anterior de 1560; sin embargo, suavizada en relación con las deudas civiles y cédulas que no dependían de un acto mercantil. Así el artículo 48 era utilizado muy firmemente para reprimir los subterfugios de los deudores aprehendidos y la multiplicidad de las instancias tendientes a retrasar las ejecuciones de los juicios. Con efecto inmediato, las penas de prisión se hacían ejecutorias y la deuda era pagada dentro de los cuatro meses de acuerdo a "la condena que era notificada a la persona o al domicilio del deudor, para que fuese detenido y mantenido prisionero hasta la cesión o entrega de sus bienes", so pena de "doblar o triplicar las sumas a las que había sido condenado" (31-ibid).

Hasta el siglo XVIII, la Ley de las Doce Tablas sirvió manifiestamente de soporte jurídico al derecho civil francés. Es por eso que la deuda confundida con el delito de latrocinio o castigada como tal inspiraba gran desconfianza al punto que el acreedor prefería ejercer la garantía más bien en relación con la cosa dada en prenda por retención o servidumbre (*usus fructus*) a iniciar una acción personal sobre la mencionada deuda impaga. *Ipso facto* el libro cuarto de las "Instituciones del derecho civil" redactado en 1624[55] dispone: "De ello se

[54]Ver *Exposition des Lois* (págs. 212 a 216) libro II; Huart y Moreau, libreros de la Reina y de Monseñor el Delfín, París, rue St. Jacques, MDCCLI. Consultar igualmente *Recueil des anciennes lois françaises*, Archivos Nacionales, sala Isembert.

[55]Título I, párrafo 14, pág. 340.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

desprende que el acreedor puede intentar la acción de latrocinio por la prenda robada..." Entendamos por ello que era más fácil para el acreedor perseguir al deudor por motivo de retención ilícita de una prenda; *a fortiori* cuando "¡la acción de latrocinio convenía a aquél que tenía interés en que la cosa fuese conocida... o que se perdiese!"[36].

Varias acciones podían iniciarse en reivindicación de la cosa mantenida ilegítimamente por otro: primero, la acción pauliana contra el fraude de los deudores; segundo, la *casi-Servidumbre* por la cual los acreedores trataban de obtener su prenda o la hipoteca; tercero, la acción personal *de pecune* entablada contra el deudor que había prometido pagar lo que él mismo u otro debía; cuarto, la acción penal que permitía obtener la satisfacción de la pena aplicada al deudor.

En el último capítulo del *Abbregé des Institutes*[37] se contabilizaban catorce tipos de crímenes reprimidos por el culto a la promesa, el temor al deshonor y a la condena en costas, daños e intereses, a semejanza de la inflexible simbología judicial del *curule* utilizado en Roma especialmente contra los usureros desposeídos por los censores de su ciudadanía y luego cubiertos de oprobio. Entre estos crímenes, a falta de matices jurídicos entre el simple delito civil y el crimen de derecho común, la ley juzgaba por ejemplo la temeridad de los litigantes que retenían (o *distraían*) indebidamente los denarios de sus acreedores y recaudadores.

Como preludio de estas pandectas del derecho de regalía está expuesto este postulado lacónico: "La justicia es una constante y perpetua voluntad de devolver a cada uno lo que le pertenece". Suponiendo que la justicia pudo ejercerse por arraigamiento de las tradiciones feudales primitivas, no podía -en el mejor de los casos- sino proteger al hidalgo campesino que poseía alguna riqueza. El derecho ignoraba obstinadamente la inmensa miseria de la hez del pueblo cuya salvación dependía a menudo de un préstamo concedido por el usurero local. Pero al incumplimiento que era revelado de por vida por la huella profunda del fierro al rojo en el hombro, obligaba a veces a la víctima así estigmatizada, a llevar vergonzosamente en la plaza pública el collar de hierro de los esclavos o, a ser puesta en la picota; y estaba así expuesta a la furia de los acreedores que la lapidaban sin compasión. Una ordenanza de 1629 abolió estos penosos espectáculos pero que eran tan apreciados por numerosos súbditos del reino cautivados por el horror y la crueldad que estaban acompañados por el son de las trompetas y del tambor[38].

VII. La Ordenanza de 1667

A través de las aporias de nuestra prehistoria jurídica, grandes progresos

[36] Op. cit. in *Des institutes*, párrafo 13.
[37] Robert Foüet, librero por privilegio del Rey, el 1 de octubre de 1624 en Saint-Germain -en-Laye.
[38] Cf. Romuald Szramkievicz, *Histoire du droit des affaires*, edit. Montchrestien, 1989. Ver igualmente de François Terré: "Droit de la faillite ou faillite du droit?" *Revista de Jurisprudencia Comercial* Nº 1, 1991.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

doctrinales corrigieron eficazmente la evolución de la sociedad, luego desaparecieron espontáneamente en el torbellino de civilizaciones aniquiladas, para reaparecer luego como acontecimientos inmutables ligados a la construcción de una nueva sociedad durable.

Más allá de esta visión incierta del derecho arcaico subsistía una constante idealista e inevitable. La sensatez en los negocios requería -más por las necesidades de la economía que por la moral- el abandono de prácticas odiosas y feroces, que subsecuentemente paralizaban toda modernidad en la evolución del comercio y de la industria.

Es así como la Ordenanza civil del mes de abril de 1667[39] disponía: "Abroquemos la costumbre de las penas corporales más allá de los cuatro meses, establecida por el artículo XLIII de la Ordenanza de Moulins, por deudas puramente civiles". Sin embargo, el artículo 48 de esta Ordenanza, que disponía que todas las condenas consistentes en multas por cualquier causa que fuese serían ejecutadas con arresto, no fue abolido para los extranjeros así como tampoco para las costas a las que se le hubiere condenado por un monto de doscientas libras o más, tanto en materia civil como criminal[40]. Igualmente en caso de contumacia si el acreedor lo exigía, el monto de la deuda podía ser doblado y aun triplicado. Es cierto que las deudas de ferias[41] dieron motivos para ejecuciones ejemplares y someras pues según la justicia de los mercaderes, se presumía que el fallido extranjero era un fugitivo en potencia (*fallimento*) según la palabra tomada de las repúblicas italianas. Los deudores fugitivos que a causa de su actividad comercial itinerante no eran solventes porque no tenían casa propia escapaban fácilmente a la policía de las ferias. Es por ello que las ordenanzas de exequátur dispuestas contra ellos eran *de facto* poco significativas en la práctica[42].

Más atrevido era el rigor consuetudinario que consistía en pagarse con los bienes de la familia del deudor. En Italia, en especial este procedimiento de quiebra se extendía a la comunidad del fallido puesto que se consideraba que el patrimonio familiar constituía una prenda para los acreedores. Para escapar a este verdadero despojo colectivo, era preciso entonces probar que existía una auténtica separación de los derechos y de los intereses, y que los miembros de la familia del deudor vivían *ad unum panem et vinum*.

[39]Título XXXIV, artículo 1; Del descargo de los arrestos subsidiarios. Ver tomo segundo del *Nouveau commentaire sur l'Ordonnance civile*, Debure padre, París 1757.

[40]Según la Ordenanza de 1670, título 25, artículo 20, op. cit., pág. 586, en Decisiones judiciales del 2 de septiembre y del 23 de noviembre de 1684 citadas en el *Journal des Audiences* contra un extranjero por mantención y alojamiento.

[41]Dentro de las costumbres desarrolladas especialmente durante el período de las ferias de la Champaña, se organizaban enjuiciamientos públicos contra los deudores forasteros del condado. El deudor insolvente era entregado a la custodia de la justicia de feria, y sus bienes intervenidos judicialmente. Su liberación no procedía sino después de haber obtenido un salvoconducto de la mayoría de sus acreedores.

[42]El decreto genovés "de maleficio et fuga" ponía al fugitivo (*fuggitivi*) fuera de la ley, sancionándolo con inhabilitación y con penas infamantes llevada del gorro verde y publicación del nombre en los lugares públicos hasta total pago del crédito. Incluso la insolvencia ya era reconocida como un fraude en potencia según la fórmula "*decoctor ergo fraudator*".

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, estaba prohibido a los jueces condenar corporalmente en materia civil excepto un cumplimiento de fallos que tenían relación con motivos graves y que dependían de la Jurisdicción Criminal de París que en el fallo judicial del 24 de julio de 1705 proclamaba: "Que jamás los jueces ni las partes han tratado de encarcelar a alguien en virtud de la sentencia, cuando la justicia no dicta sentencia de condena corporal y que ésta es la costumbre de la Jurisdicción Criminal". Es necesario hacer notar también que para que el juez pudiese aplicar la pena corporal, el acreedor mismo debía solicitarla, puesto que el magistrado no tenía la libertad para pronunciarla *ultra petita*.

Otra reforma que se refería al derecho de los contratos prohibía en el futuro a cualquier actuario de notario y reemplazante de notario incluir en los términos de los contratos la cláusula de pena por deudas considerada como escrita y que no podían legalmente ejecutar los ministros de fe y los sargentos.

Ahora bien, en el pasado los propietarios no se privaban, mediante el uso abusivo de esta cláusula, de hacer encarcelar a algún campesino arrendatario incluso no culpable de fraude por alguna otra razón no confesada, ¡siempre que el derecho sirviese la causa de aquéllos para quienes había sido establecido![43]

En lo que dice relación con los procedimientos que se referían al fraude o al hurto en materia de sucesión como el *stellionat* (ocultación de hipoteca sobre una herencia declarada exenta de derechos), la ley era entonces intransigente y la pena ejemplificadora. Era igualmente delicado tratar asuntos que estaban en manos de personas públicas: como los depósitos provisorios ordenados por la justicia bajo la responsabilidad de los recaudadores de las consignaciones, de los comisarios de los embargos reales, de los banqueros, de los empleados en la Curia de Roma, de los abogados, de los procuradores y de los ministros de fe para la rendición de los documentos que les habían sido confiados. *A fortiori*, el arresto por deudas amenazaba tanto a los campesinos arrendatarios, a los recaudadores generales de renta del Estado, a los tesoreros de los impuestos de su Majestad encargados de la recaudación de los dineros reales (artículo 1 del título VII de la Ordenanza de 1673). Citemos como único ejemplo el fallo del 31 de agosto de 1682 dictado en relación con los procuradores quienes -después de haberse revisado las cuentas, los documentos justificativos y los ingresos- debían restituir los documentos que les habían sido confiados so pena de prisión y sesenta libras de multa, además pagar los daños y perjuicios, sin que esta sentencia pudiese ser sólo conminatoria, remitida o rebajada bajo pretexto alguno, una vez estampada la denuncia de insolvencia que probaba que el contador no había entregado la totalidad de la deuda utilizada y restituida[44].

Se actuaba igualmente con gran severidad contra aquellos que habían fir-

[43]Cf. Boniface; tomo 5, libro 5, título 9, in Ord. civ. 1667, capítulo VI, sentencia del 2 de mayo de 1670.

[44]Esta disposición se extendió aún a los menores; fallada así por decisión judicial del Tribunal del 30 de agosto de 1702 en relación con el llamado Isaac Lardeau, implicado en los asuntos de Su Majestad.

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mado letras de cambio o vales, inscrito su aval o prometido inscribirlo, hecho promesas entre comerciantes y negociantes, con remesas de plaza a plaza. Cabe hacer notar que la Ordenanza de comercio del mes de marzo de 1673 no hacía ninguna distinción entre la remesa de plaza a plaza o no, lo que en este último ejemplo equivalía a un simple *giro*, advertencia o promesa si era aceptada. La ley tampoco disociaba el vale (simple promesa de entregar la letra de cambio) de la letra de cambio aceptada. El arresto por deudas era ejecutorio en todos los casos de no pago.

De los embargos y de las ejecuciones sacamos, en el título XXXIII, una gran lección de humildad que nos es dada a comienzos de los tiempos modernos especialmente en el artículo IV que imponía respeto y dignidad en el ejercicio de un derecho ya fuertemente impregnado de una esencia deontológica poco frecuente (ver capítulo V anterior): "Antes de entrar en una casa para incautar muebles o efectos mobiliarios, el ministro de fe o el sargento deberá llamar al menos a dos vecinos para que estén presentes a los cuales hará firmar su cédula de notificación o su acta si ellos saben o quieren firmar, en caso contrario lo mencionará como igualmente la hora en que se hizo la notificación, si es en la mañana o en la tarde, y deberá declararlo en la certificación y hacerlo rubricar por el juez más cercano inmediatamente después de la ejecución".

De manera sin duda un poco lapidaria para un observador de hoy, se resume un gran capítulo de los procedimientos de ejecución a los cuales se agrega una admirable jurisprudencia comentada, especialmente en relación con la elección del domicilio del embargador e incluso sobre la noción jurídica de la deuda cierta y exigible[45]. Uno puede efectivamente sorprenderse de la habilidad y del esmero que se puso en la buena redacción de los textos antiguos que han contribuido ampliamente a la elaboración del derecho actual.

Las ciencias jurídicas modernas se jactan de no ser una invención contemporánea *ex nihilo* sino más bien el redescubrimiento a menudo inesperado del derecho antiguo, como la cesión de los bienes que remonta a 1265 o el embargo mobiliario conocido a partir del siglo XIV que en virtud de un procedimiento de orden, ya disponía que fuese respetado el privilegio del primer embargador.

Ipso facto, el procedimiento judicial de urgencia de provisión (artículo 809 del *n.c.p.c*) tenía ya su lugar en el artículo 340 de una costumbre de Orléans que señalaba entre otras medidas cautelares: "Que la oposición que hace el deudor a esta orden no impide proceder por provisión al embargo y ejecución"; o que ésta última "se ejecutaba por provisión a pesar de la apelación".

Finalmente, en el último capítulo del descargo de los arrestos por deudas, se precisa que esta pena no excluye el embargo como una doble seguridad

[45]"Una deuda es cierta y exigible cuando no depende de una condición. No se puede obligar a pagar antes del vencimiento o para que un embargo sea válido es preciso que sea llevado a cabo en virtud de un título ejecutivo, contrato u obligación auténticos con el sello real o del señor", etc. (extracto de la Ordenanza de 1667, título XXXIII). El artículo 11, 2° apartado de la Ley del 31 de diciembre de 1989 retoma la expresión en estos términos cuando el juez "se asegura del carácter cierto, exigible y líquido de los créditos".

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contra un mismo condenado, puesto que tales persecuciones con acumulación de penas y garantías estaban permitidas en virtud de un fallo emitido de acuerdo con las disposiciones legales refrendadas precedentemente.

VIII. La Ordenanza de 1669

A comienzos de la segunda mitad del siglo XVII, el derecho francés se había convertido en un fresco feudal con su mosaico de derechos locales difícilmente controlables por el soberano del reino. La proliferación anárquica de costumbres, de ordenanzas, de edictos y de disposiciones reglamentarias, hacía imposible el montaje de un sistema jurídico coherente en todo el territorio. Para construir nuevas reglas de justicia a la medida de la autoridad monárquica -en particular para imponer definitivamente la todopoderosa e ineludible dinastía de los Borbones, reyes de Francia y de Navarra, por sobre las soberanías feudales algunas de las cuales rivalizaban en poder con la corona legítima- fue preciso codificar la ley. Tal fue el objetivo de las ordenanzas sucesivas de abril de 1667, de agosto de 1869, de agosto de 1670 (Ordenanza criminal) y de marzo de 1673.

Sin embargo, como se vio anteriormente, el derecho de las quiebras no tenía aún realidad propia pero esta materia era repetidamente abordada en el ámbito de lo contractual en el derecho civil. Habrá que esperar la Ordenanza en 1673 relativa al comercio para que finalmente aparezca una nueva institución que norme las reglas de la quiebra y de la bancarrota.

En esa época, el Ministro de fe encarnaba el procedimiento de quiebra y desempeñaba casi todas las tareas jurídicas que iban desde la ejecución del fallo hasta los procedimientos individuales, el depósito judicial, la venta por adjudicación o en pública subasta, además debía proceder a la repartición de los bienes a los acreedores y si era necesario al arresto y encarcelamiento del condenado. En materia de procedimiento, la reglamentación no era cosa simple y el ministro de fe o el sargento debía transigir según el rango y los cargos de cada individuo.

En primer lugar, con las cartas de *committimus* (título IV de la ordenanza) -privilegio otorgado por el rey a sus oficiales o a ciertas corporaciones de la época por motivos de interés público y de prerrogativas de dignidad- que conferían el derecho de litigar en primera instancia ante los jueces, pero sobre todo de gozar del insigne favor de los servicios de un Tribunal supremo, sensible a la presentación de cartas de justicia que atenuaban sensiblemente el rigor de las leyes en materia civil. En segundo lugar, se agregaba a esta gracia real, una especie de inmunidad de investidura mediante *cartas de Estado* (título V) que el rey concedía algunas veces a personas que estaban en embajadas o en el ejército. Estas últimas contenían un *sobreseimiento* (aplazamiento) a cualquier prosecución de enjuiciamiento por deudas durante el tiempo señalado en estas cartas. En último lugar, las *moratorias* (título VI) que llevaban el Sello real y que eran otorgadas en situaciones especiales, concedían un plazo razonable a los deudores para pagar sus deudas en un período que iba de seis meses a cinco años como máximo aunque existiese cualquier disposición en contrario, lo que correspondería actualmente a una detención de los procedimientos de ejecución o a

Artículo: La quiebra a través de los tiempos
Revista: Nº199, año LXIV (En-Jun, 1996)
Autor: Daniel Desurvire

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

una suspensión provisoria de las prosecuciones. La oposición *priva lex* prohibía en estos casos a los ministros de fe y a los sargentos ejecutar una acción contra la persona que era portadora de esta carta. El *sobreseimiento* concedido por las moratorias se hacía efectivo el día de la notificación "... siempre que llevase conjuntamente la citación para proceder a la ratificación". Esta disposición que se asemejaba a una remisión de pena pero que se consideraba "herir el derecho ajeno" podía ser concedida exclusivamente por voluntad del rey ya que el artículo 61 de la Ordenanza de Orléans excluía de esta prerrogativa a los jueces y aún a la Cancillería del reino. Al respecto, en una declaración de 1699 se expresa una enérgica crítica de los magistrados ante la "mala fe" de numerosos deudores beneficiarios de este privilegio: "pues tal remedio en las manos de ciertos deudores se convertía en un instrumento capaz de cambiar sus efectos y frustrar a sus legítimos acreedores".