

LA NECESIDAD DE UNA REFORMA AL DERECHO CONCURSAL DE NICARAGUA²⁷³

.....
Gema del Socorro Alvear Lara
Labora en el Poder Judicial
.....

Resumen

El presente trabajo desarrolla el tema referido a la necesidad de una reforma al Derecho Concursal en nuestro país; lo cual para llegar a dicha conclusión fue necesario abordar el concepto, naturaleza, fuentes y función del Derecho Concursal. De igual forma, se estudiaron las instituciones concursales como son el concurso de acreedores, la suspensión de pagos y la insolvencia, no sin referirnos a la quiebra en cuanto a sus presupuestos, clasificación, los órganos que intervienen en ésta, los efectos de la declaración tanto para el deudor y el acreedor y las formas de terminación del procedimiento de la quiebra como son la revocación del auto declarando la quiebra, el convenio con los acreedores y la realización de los bienes del deudor.

El Derecho Concursal en nuestro país está regulado, principalmente, por el Código Civil, el Código de Procedimiento Civil y el Código del Comercio. En el foro se discute la naturaleza del Derecho Concursal de si es un derecho sustantivo o adjetivo; al respecto nuestra posición es que es de carácter procesal pero que utiliza algunas disposiciones de carácter sustantivo. Nuestra legislación diferencia, innecesariamente desde nuestro punto de vista, la quiebra para los comerciantes y la insolvencia para los no comerciantes y sin embargo, el procedimiento para la ejecución de éstas es el mismo.

Palabras clave: Derecho Concursal/ quiebra/ suspensión de pago/ comerciante/ deudor/ acreedor

I. Introducción

Las principales normas que en Nicaragua regulan el Derecho Concursal se encuentran contenidas en el Código Civil (promulgado en 1904), el Código de Procedimiento Civil (en vigencia desde 1906), el Código de Comercio (promulgado en 1914) y en otra serie de normas dispersas que inciden directa o indirectamente en el Derecho Concursal. La obsolescencia del procedimiento concursal cobra mayor importancia cuando frente al mismo se analiza una Constitución Política moderna de

273 El presente artículo es el resultado del trabajo de investigación realizado para obtener el título de Especialista en Derecho Económico; el cual además de ser evaluado por un Tribunal integrado por tres académicos; posteriormente, fue arbitrado por una Comisión a efectos de seleccionar a los participantes del I Encuentro de Investigación de Postgrado de la Universidad Centroamericana, 2009.



carácter garantista que choca frontalmente contra algunas disposiciones ordinarias, como lo constataremos al estudiar el tema.

Además de ser nuestra legislación concursal antigua, ha demostrado ser absolutamente ineficiente y de escasa aplicación en la práctica, presentando también una serie de defectos de orden sistemático, que a nuestro parecer el peor de ellos es el objetivo de la declaración del concurso respecto a la vida de la sociedad. Tal situación ayuda al reciente movimiento de reforma concursal en América Latina y Europa, y nos mueven a realizar algunas reflexiones sobre este importante tema.

Para situar al lector en las características generales de la legislación concursal nicaragüense habrá que decir que nuestra Ley conserva innecesariamente la dualidad de la quiebra para los comerciantes y la insolvencia para los no comerciantes, a pesar de ello conserva la unidad de procedimientos para ambas figuras. Todo ello parece indicar que el legislador pensaba establecer una jurisdicción especial mercantil dotada de su propio procedimiento, pero ello no se llegó a concretar y por tal razón los mismos Jueces civiles, haciendo uso del procedimiento civil son los que conocen de los procedimientos relativos a la quiebra de los comerciantes. Pese a esto en la presente investigación sólo se abordarán las normas relativas a la quiebra de los comerciantes.

Otro rasgo típico y de mayor preocupación que en nuestra legislación concursal predomina, es la visión liquidacionista del procedimiento concursal en la que se pretende a ultranza la satisfacción de los acreedores sin tomar en cuenta otras consideraciones como lo es en primer lugar; oír al deudor respecto la solicitud y su demostración anterior a la declaratoria de quiebra; es decir un juicio contradictorio previo.

II. Derecho Concursal. Concepto y función

Existen diversos conceptos de Derecho Concursal según sea la perspectiva que se defienda. Para Uría²⁷⁴ por ejemplo el Derecho Concursal es “El estado especial en que se encuentra el empresario insolvente que cesa en los pagos de una manera general. Este es el sentido del artículo 1062 de nuestro Código de Comercio, al decir:

274 El título anterior al que se refiere es el que contempla lo relativo a la suspensión de pagos, del Libro IV, Título I del Código de Comercio.



“Se halla en estado de quiebra todo comerciante que cesa de hacer sus pagos, y que no goza de los beneficios acordados en el Título anterior”²⁷⁵.

Y del artículo 1067 del mismo cuerpo de Ley dice:

“El comerciante que cesare en el pago corriente de sus obligaciones, si de su balance último resultare que el activo es inferior al pasivo, tendrá obligación de presentarse en estado de quiebra dentro de los diez días siguientes al de dicha suspensión de pago. Si así no lo hiciere la quiebra será declarada culpable”.

La quiebra es en efecto, un estado legal de carácter esencialmente procesal, integrada por un conjunto de normas y actos procesales dirigidos a la liquidación del patrimonio del quebrado y a su reparto entre los acreedores, unitariamente organizados bajo el principio de la comunidad de pérdidas (*par conditio creditorum*)²⁷⁶. Pues este estado legal hace perder al quebrado la disposición y administración de sus bienes, restringe su capacidad y le inhabilita para el ejercicio del comercio en tanto no sea rehabilitado.

Como podemos observar, esta filosofía deja librado a su suerte al deudor insolvente. En ella, él es una víctima que no ha podido resistir a la lucha de la libre competencia, que ha sucumbido, y como tal debe simplemente abandonar el mercado. De allí la trascendencia y vigor de los efectos que el procedimiento produce sobre la persona del deudor, como el desapoderamiento de su patrimonio, la afectación de éste al exclusivo fin de la satisfacción de los acreedores, a través de la liquidación, contemplada como la única solución “normal” de la quiebra, y la importancia que tiene la calificación de la conducta del deudor insolvente sobre el procedimiento. Esto explica, el papel primordial que a la junta de acreedores, como órgano deliberante o de participación de los acreedores, se concede en el procedimiento actual.

Luego de haber formulado a grosso modo el objetivo primordial de la ley concursal que rige nuestro sistema, es preciso cuestionar ¿Cuál es la finalidad fundamental en la nueva tendencia concursal?; y acercándonos

275 URÍA Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Undécima edición, editorial; Marcial Pons, Madrid, 1976, Pág. 801.

276 Me refiero a las reformas de las leyes concursales en América Latina, como las de Argentina, México, e incluso la de Europa como la de España.



a la respuesta, debo indicar que la doctrina concursal de hoy en día, ha concebido la idea de cambiar las reglas del juego y, en efecto, relegó la devastadora liquidación a último lugar. Esta doctrina estima que lo más importante para el interés público y para los acreedores no es liquidar el patrimonio de la empresa, sino sanearlo, reorganizarlo o reestructurarlo. Y como ya es de nuestro saber en el ámbito empresarial se habla del patrimonio de la empresa, antes que del empresario, por una razón sustancial: porque el intento de salvación está dirigido a la empresa antes que a la persona del empresario.

Las leyes apoyadas en esta nueva tendencia²⁷⁷, en efecto, no tratan de desaparecer el patrimonio de la empresa insolvente, como se hacía con el cuerpo del deudor en el procedimiento romano en la “*manus inyectio*”, sino salvarlo, sobre todo cuando en éste hay que conservar unidades productivas, cuyo desmembramiento lesiona intereses del Estado, de los trabajadores, de los terceros, del propio titular y, además, de los mismos acreedores. El principio de conservación de la empresa, tiende, pues, a satisfacer con prioridad esos intereses colectivos de los que antes no se tenían ideas que afectaban²⁷⁸.

III. Naturaleza del Derecho Concursal

La quiebra es un asunto de carácter económico, luego un asunto jurídico y finalmente un asunto de carácter procesal. Ciertamente es un fenómeno de carácter eminentemente económico, tal afirmación es fácilmente deducible del hecho de que un comerciante bien puede estar en situación de quiebra en términos puramente económicos, sin que, tal situación trascienda al plano jurídico, tal afirmación se plantea claramente en Nicaragua, en la que una gran cantidad de comerciantes individuales y sociedades mercantiles que han incluso desaparecido del comercio sin que dicha situación se haya reflejado siquiera en el

277 Todo esto nos lleva a subrayar que la filosofía que anima a la moderna doctrina concursal, la cual subyace en las leyes de hoy en día, no es sino su recuperación o reestructuración, como medida de defensa de la producción, del empleo y del mercado. En consecuencia, la conservación de empresas viables aparece como principio general, rector y medular de la nueva filosofía concursal. De manera que una empresa insolvente deberá desaparecer del mercado sino es viable y, por el contrario, si la empresa es viable deberá ser reestructura.

278 Aunque en este apartado he señalado esta ley como fuente del Derecho Concursal nicaragüense, debo manifestar que para las quiebras bancarias el procedimiento es distinto al que pretendo abarcar en este trabajo investigativo.



Registro Público Mercantil donde se inscribieron para adquirir la calidad de comerciantes y, formalmente, aún son en términos jurídicos comerciantes. Pues la quiebra cobra relevancia para el jurista cuando se inicia el procedimiento para la declaración judicial de la misma.

En cuanto a la naturaleza del Derecho Concursal se discute con frecuencia si el mismo es una rama del Derecho sustantivo o si pertenece al derecho adjetivo, naturaleza sustantiva o procesal del Derecho Concursal.

Al respecto, considero que el Derecho Concursal es principalmente de carácter procesal sin que ello implique que no se establezcan algunas disposiciones de carácter sustantivo, tales como, las relativas a la graduación de los créditos. Igualmente se ha discutido ampliamente si, asumiendo el carácter eminentemente procesal el Derecho Concursal, el juicio de quiebra es del tipo declarativo, ejecutivo, jurisdicción voluntaria o si debe considerarse un procedimiento *sui generis*. Al respecto, mi posición es que efectivamente es un procedimiento *sui generis*, porque admite la posibilidad de que durante la tramitación del mismo se presten procedimientos de todos los tipos mencionados. Habrán procedimientos del tipo declarativo como el que debe tramitar el acreedor cuyo crédito ha sido excluido, ejecutivos que tendrán los acreedores privilegiados, y algunos casos que se asimilan a la jurisdicción voluntaria tales como la aprobación judicial del convenio del quebrado con sus acreedores.

Entre las características del juicio de quiebra, se ha manifestado que el mismo es un proceso colectivo, universal y esencialmente ejecutivo.

Como profundizaré más adelante, la quiebra es un proceso colectivo en tanto que para hablar de concurso de acreedores es condición indispensable (a veces ignorada por algunos tratadistas) la existencia de más de un acreedor, si bien es cierto que un solo acreedor podría ser quien origine la situación de quiebra, éste no tiene necesidad, ni beneficio alguno para promover la declaración de quiebra, y proceder por las vías del Derecho Concursal si no más bien tiene a su disposición las normas comunes de la ejecución individual para satisfacer su crédito.

Se considera que la quiebra es también un procedimiento universal, en tanto que, una vez declarada la quiebra, todos los procesos con implicaciones patrimoniales que se sigan con el quebrado debe entablarse y seguirse dentro del procedimiento de la quiebra, excluyéndose únicamente las ejecuciones de créditos con garantías reales (hipotecas y prendas), los procesos penales y los juicios laborales.



Finalmente el procedimiento de quiebra es esencialmente ejecutivo aunque como ya se había expresado, contiene en si la posibilidad de albergar procesos de tipo declarativo e incluso procedimientos asimilables al juicio de jurisdicción voluntaria.

IV. Fuentes del Derecho Concursal en Nicaragua

Las normas relativas al Derecho Concursal nicaragüense están disgregadas en diversos cuerpos normativos entre los cuales se tienen:

- Código Civil de la República de Nicaragua, que en su “*Título IV De la insolvencia del deudor y del concurso de acreedores*”, (artículos del 2239 al 2355), son los que abordan lo relativo a la insolvencia del deudor no comerciante.
- Código de Comercio de la República de Nicaragua en su Libro IV (artículos del 1047 al 1149), denominado “*De la suspensión de pagos, quiebras, y prescripciones*”.
- Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua en su Título XXV “*Del concurso de acreedores*”, (artículos 1843 al 1956).
- Ley General de Bancos y otras Instituciones en su capítulo VII “*Vigilancia, planes de normalización, intervención y liquidación forzosa*”, (artículos del 80 al 106)²⁷⁹.
- Y podría decirse que la jurisprudencia también forma parte fundamental de nuestras fuentes de derecho²⁸⁰.

V. Las instituciones concursales

Para un mejor análisis del tema que nos ocupa, empezaremos expresando cómo concibe la legislación nicaragüense las principales instituciones concursales. Pues consideramos importante hacerlo ya que uno de los problemas de la aplicación de la legislación concursal en Nicaragua es

279 Aquí algunos de los casos de quiebra existentes en nuestro país: Ferretería Guerra, Lorenzo Lacayo, Tellería, Grace and Company, Edy Alvarado. Y Sentencia de 3 de febrero, 12:30 pm. B.J. 25/1977 Cons. III. Nulidad del contrato celebrado por el quebrado, Sentencia de 17 de noviembre, de 11:00 am. B.J. 341/1977 Cons. IX y XV. Nulidad de oficio por actos dispositivos del quebrado, Sentencia de 12 de diciembre, de 12:00 m. B.J. 302/1977 Cons. IX y XV. Nulidad de oficio por actos dispositivos del quebrado. Para la quiebra por ejecución infructuosa se requiere título ejecutivo pero no por cesación en los pagos, 14 de agosto de 1974. B.J. 379/1974. La facultad de pedir la quiebra de una institución de seguros que la Ley concede a la Superintendencia de Bancos, no excluye el derecho de los acreedores de hacer tal solicitud. Concurso: Sentencias del año; 1914, 1916, 1919, 1920, 1922, 1923, 1927, 1938, 1940, 1946, 1955. y Quiebra: sentencias del año; 1915, 1917, 1924, 1925, 1928, 1947, 1950, 1958, 1959, 1966, 1977.

280 FERNANDO CERDÁ Albero en: SANCHEZ GARGALLO Ignacio; *Curso de Derecho Concursal*, editorial COLEX, año 2000, Pág. 69-74



la aplicación tan diferente que debe hacerse del significado común o semántico en relación al significado propiamente legal dado por nuestra legislación.

1. Concurso de acreedores

Este tema se presenta en materia civil, de él nos habla el artículo 2241 del Código Civil:

“Siempre que a solicitud de un acreedor, se justifique que los bienes del deudor son insuficientes para cubrir sus deudas, procede la declaración de insolvencia, aunque solo haya un acreedor y la apertura del concurso desde que hubiere dos o más. El acreedor, a cuya solicitud se hubiere hecho la declaración de insolvencia, si no se presentare otro acreedor que motivare la apertura del concurso, podrá perseguir los bienes existentes de su deudor y ejercitar las otras acciones que le competan”.

Es decir que el legislador nicaragüense al igual que el español denominó “concurso de acreedores” al procedimiento concursal que se origina cuando el deudor no comerciante se encuentra en estado de insolvencia para diferenciarlo de las ejecuciones singulares que se puedan presentar y del procedimiento de quiebra, ello se refleja en los artículos; 2252, 2252 y otros de nuestro Código Civil. Es decir que nuestra legislación concibe como concurso al procedimiento colectivo para hacer efectiva la insolvencia del deudor no comerciante.

A nuestro juicio, este significado carece de practicidad por diferentes razones. Al existir unidad de procedimiento tanto para la quiebra mercantil como para la declaración de insolvencia del no comerciante, pues es obvio que no tiene sentido establecer diferentes denominaciones para un mismo procedimiento. También debemos decir, que para que pueda haber procedimiento concursal es indispensable la existencia de dos o más acreedores es decir lo que en lenguaje común llamamos “concurso de acreedores”, situación que es similar tanto para el comerciante como para el no comerciante.

2. Suspensión de pagos

Según el artículo 1047 del Código de Comercio, la suspensión de pagos se produce cuando:

“El comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlos a la fecha de sus



respectivos vencimientos o que no haya podido hacerlo en esas fechas, en virtud de accidentes extraordinarios, imprevistos o de fuerza mayor, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos que declarará el Juez de comercio de su domicilio en vista de su manifestación”.

De ahí que la suspensión de pagos no es más que una moratoria acordada entre el deudor y sus acreedores. En este caso el suspenso continúa en la administración de sus bienes, es además un beneficio concedido inicialmente al deudor comerciante. Por el contrario en relación a la quiebra el artículo 1062 del Código de Comercio expresa:

“Se halla en estado de quiebra todo comerciante que cesa de hacer pagos, y que no goza de los beneficios acordados en el título anterior”.

Y el artículo 1067 del Código de Comercio que reza:

“El comerciante que cesare en el pago corriente de sus obligaciones, si de su balance último resultare que el activo es inferior al pasivo, tendrá obligación de presentarse en estado de quiebra dentro de los diez días siguientes al de dicha suspensión de pago. Si así no lo hiciere la quiebra será declarada culpable”.

Es decir que las principales diferencias entre la suspensión de pagos y la quiebra son:

1. Que en la suspensión de pagos el deudor aún tiene bienes para responder por sus obligaciones, en la quiebra, en cambio, el patrimonio del deudor es ya insuficiente para responder por sus obligaciones.
2. La quiebra es una situación económica que luego tiene una consecuencia jurídica, en tanto que la suspensión de pagos es una situación jurídica.

En este caso nos encontramos con la misma incongruencia entre la acepción normal de la frase “suspensión de pagos”, que desde un punto de vista estrictamente semántico equivaldría a la expresión “cesación de pagos” o como lo expresa nuestro Código de Comercio en sus artículos 1062 y 1067 que se refieren a “el sobreseimiento en los pagos” y que en nuestra legislación equivale a lo que en otras se denomina “el concordato”,



“el convenio”. Denominaciones definitivamente más apropiadas y ajustadas al sentido natural de la palabra. De hecho el comerciante que no está en verdadera situación de quiebra si no más bien lo que llamamos en el lenguaje económico en situación de “iliquidez” y que ha logrado un acuerdo con sus acreedores para lograr esperas en el pago de las obligaciones.

3. *Insolvencia*

Para nuestra legislación la insolvencia es la quiebra del no comerciante, ello se deriva de la lectura del artículo 2241 del Código Civil que literalmente lee.

“Siempre que a solicitud de un acreedor, se justifique que los bienes del deudor son insuficientes para cubrir sus deudas, procede la declaración de insolvencia, aunque solo haya un acreedor; y la apertura del concurso desde que hubiere dos o más...”.

Si esta formulación la comparamos con lo que prescribe el artículo 167 del Código de Comercio:

“El comerciante que cesare en el pago corriente de sus obligaciones, si de su balance último resultare que el activo es inferior al pasivo, tendrá obligación de presentarse en estado de quiebra dentro de los diez días siguientes al de dicha suspensión de pago. Si así no lo hiciere la quiebra será declarada culpable”.

De ahí podemos apreciar, que para ambas disposiciones las situaciones de “insolvencia, y “quiebra” son conceptos idénticos, cuya única diferencia estriba en que, el primero es aplicable a los no comerciantes y el segundo a los que si lo son. Este mismo panorama, se nos presenta en el artículo 2244 del Código Civil, que distingue para los efectos legales tres clases de insolvencia, a saber: 1) Insolvencia excusable, 2) Insolvencia culpable, y 3) Insolvencia fraudulenta, por su parte el artículo 1087 del Código de Comercio establece:

“Para los efectos legales se distinguirán tres clases de quiebra, a saber; fortuita, culpable, y fraudulenta”.



Aquí podríamos concluir que las causas en las que se funda la calificación tanto de la quiebra como de la insolvencia, son prácticamente las mismas, sin embargo, creo necesario señalar que esta distinción entre quiebra para los comerciantes, e insolvencia para los no comerciantes, es totalmente artificial, ya que no reporta beneficio alguno para los efectos prácticos, por el contrario, debería asumirse la tendencia de eliminar tal distinción y dar igual tratamiento a comerciantes y no comerciantes.

VI. Presupuestos de la quiebra

Para que pueda darse el estado de quiebra y se inicie el procedimiento de ejecución colectiva, es necesario que se den determinados supuestos previos o condiciones, estos son presupuestos objetivos, subjetivos y formales²⁸¹, o bien como lo clasifica Uría: de fondo y de forma, para él son condiciones de fondo la cualidad de empresario del deudor y el sobreseimiento general de los pagos. Y es condición de forma la declaración jurídica del estado de quiebra²⁸². Para introducirme a este apartado, utilizaré la clasificación que hacen Fernando Cerdá Albero e Ignacio Sancho Gargallo al respecto:

1. Presupuesto subjetivo; calidad de comerciante

Cuando se habla de los presupuestos subjetivos nos referimos esencialmente a cuáles son las calidades que deben reunir la persona o personas que puedan ser declaradas en situación de quiebra. Pues en ese sentido debemos acudir al artículo 1062 del Código de Comercio que establece:

“Se halla en estado de quiebra, todo comerciante que cesa de hacer los pagos, y que no goza de los beneficios acordados en el título anterior”²⁸³.

281 URÍA Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Undécima edición, editorial; Marcial Pons, Madrid 1976, Pág.803.

282 El título anterior se refiere a la suspensión de pagos.

283 En este sentido, la exposición de motivos de la Ley Concursal de España establece que “La superación de la diversidad de instituciones concursales para comerciantes y no comerciantes es una fórmula que, además de estar justificada por la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil, viene determinada por la tendencia a simplificar el procedimiento, sin que ello suponga ignorar determinadas especialidades del concurso de los empresarios sometidos a un estatuto propio (llevarza obligatoria de contabilidad, inscripción en el Registro Mercantil) y de la existencia en la masa activa de unidades productivas de bienes o de servicios, especialidades que son tenidas en cuenta a lo largo de la regulación del concurso, desde su solicitud hasta su solución mediante convenio o liquidación”.



Es decir, que de acuerdo con nuestro ordenamiento el primer presupuesto que se debe de llenar es que el quebrado debe ser un comerciante, sin embargo, también se le aplica al no comerciante el concepto de insolvencia. Esta dualidad de tratamientos para los que son comerciantes y los que no lo son, ha sido una de las razones por las que hemos considerado que sería importante abordar y profundizar en su implicancia, ya que en comparación con las legislaciones modernas, esta dualidad no existe, sino que el concepto de quiebra es aplicable tanto a comerciantes como a no comerciantes. En todo caso lo que existe en algunas legislaciones son distinciones basadas en el tipo de personas en relación al procedimiento²⁸⁴.

2. Presupuesto objetivo

Sobreseimiento general en los pagos: En este apartado, nos referiremos a los hechos o circunstancias que deben estar presentes para la aplicación de las normas del Derecho Concursal; la insolvencia es uno de los principales presupuestos de carácter objetivo de cualquier declaración concursal y, por ende, también de la quiebra²⁸⁵.

El Juez para declarar la quiebra, no viene obligado a examinar las causas del mismo, sino a cerciorarse exclusivamente de que el deudor ha cesado de manera general en los pagos. Esta declaración de quiebra procede siempre que el comerciante cese de un modo general en el pago corriente de sus obligaciones, cualquiera que sea la razón de ese sobreseimiento: ya sea por imposibilidad de pago por falta de activo, de iliquidez o de que el deudor no paga simplemente porque no quiere²⁸⁶. Si está en descubierto de una manera general con sus acreedores y no se acoge al beneficio de la suspensión de pagos, se ve en la obligación de ser declarado en quiebra, aunque tenga bienes suficientes para satisfacer sus deudas²⁸⁷.

284 FERNANDO CERDÁ Albero en: SANCHO GARGALLO Ignacio; *Curso de Derecho Concursal*, Editorial COLEX, año 2000, Pág. 71

285 Sentencia del 27 de Febrero de 1965: “no basta cesar circunstancialmente en los pagos sino que se requiere que exista la imposibilidad de efectuarlos”, en este caso el Judicial tiene la potestad de conformidad con las pruebas aportadas a considerar si el sobreseimiento es general o definitivo ya que la cesación de pagos no supone una insolvencia definitiva.

286 URÍA Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Undécima edición, editorial; Marcial Pons, Madrid 1976, Pág. 805 y 806.

287 Artículo 1062 Código de Comercio: “se halla en estado de quiebra todo comerciante que cesa de hacer pagos, y que no goza de los beneficios acordados en el Título anterior”. El título anterior es el que se refiere a lo relativo a la cesación de pagos; hemos de recordar que el supuesto de cesación de pagos es de; “El Comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlos a la fecha de sus respectivos vencimientos o que no haya podido



Cuando nuestra legislación se refiere a la situación efectiva de insolvencia, debe ser entendida, como la situación en la cual el activo del deudor es insuficiente para responder por su pasivo, dando cabida a que no solo el comerciante que ya no tiene suficiente activo para responder por su pasivo pueda ser sometido al procedimiento de quiebra, este supuesto, se manifiesta en el artículo 1062 del Código de Comercio²⁸⁸, por lo que podemos decir que basándonos en nuestro ordenamiento, el comerciante que aún tiene bienes suficientes para responder por sus deudas pero se halla en estado de iliquidez y no logra el acuerdo de sus acreedores para otorgarle esperas, se considera, en igual situación de aquel cuyo patrimonio ya es insuficiente. Considerando esta disposición como una de las más nocivas de nuestras reglas concursales, puesto que ella permite que un comerciante que no está en quiebra sea así declarado²⁸⁹.

Entre los demás hechos de quiebra a los que nuestra normativa se refiere se encuentran:

- a. Artículo 1064 Código de Comercio; “Cuando un acreedor que teniendo un título legal traba una ejecución infructuosa no encontrando bienes para hacerse el pago”
- b. Artículo 2241 Código de Civil; “Concurrencia de dos o más acreedores”
- c. Artículo 1065 Código de Comercio; “Fuga u ocultamiento del comerciante, (en este caso la ley ordena al Juez incluso actuar de oficio)
- d. Artículo 1067 Código de Comercio; “Comerciante cuyo balance indica un activo inferior al pasivo”.

De lo anterior, creemos necesario realizar una crítica, a la norma establecida en el artículo 1064 del Código de Comercio, ya que esta disposición nos indica la ligereza con la que el legislador privilegia los intereses de los acreedores en detrimento del equilibrio del sistema comercial-jurídico, y que de la forma en que fue establecida se posibilita la declaración de quiebra de un comerciante en situación de normalidad,

hacerlo en esas fechas, en virtud de accidentes extraordinarios...”

288 Tal acepción, establece una equivalencia injustificada y contraria a la nueva filosofía del Derecho Concursal, que privilegia la conservación de las empresas viables; en todo caso, la legislación debería establecer claras diferencias en el tratamiento de la situación de iliquidez y de la quiebra, dando estímulos al comerciante con una empresa viable.

289 Artículo 2241 Código Civil: “Siempre que a solicitud de un acreedor, se justifique que los bienes del deudor son insuficientes para cubrir sus deudas, procede la declaración de insolvencia, aunque haya un acreedor; y la apertura del concurso desde que hubiere dos o más”.



por la gestión de un acreedor que realizó una ejecución infructuosa, y es aquí mi planteamiento, en cuanto a que esa “ejecución infructuosa” pudo haberse dado por varias razones, tales como; la falta de diligencia del mismo acreedor para identificar los bienes del deudor, el hecho de que el patrimonio del deudor pudiese estar constituido por bienes de difícil identificación o la simple mala fe del acreedor que desea perjudicar a su deudor, y proceda a promover su estado de quiebra. Y para incrementar un poco más las desventajas de nuestra legislación concursal, tal situación adquiere mayor relevancia, en tanto que, la declaración de quiebra según nuestro procedimiento Civil se realiza sin audiencia del deudor y los efectos de la misma son totalmente drásticos (liquidación de la sociedad).

En cuanto a la concurrencia de dos o más acreedores como otro de los presupuestos objetivos de la quiebra, la norma en el artículo 2241 del Código Civil²⁹⁰ y en el artículo 1064 del Código de Comercio, es clara y especifica al establecer, que solo se abrirá el concurso cuando concurren más de un acreedor a promover la quiebra, porque en caso contrario, dice el artículo 2241 del Código Civil que al acreedor individual, le quedan las vías ordinarias establecidas en la norma para hacer valer su derecho.

3. *Presupuesto formal*

Solicitud de declaración de quiebra: La quiebra, como estado jurídico, precisa que sea declarada judicialmente. Para ello ha de solicitarse que se declare en tal estado al comerciante insolvente²⁹¹.

El artículo 2241 Código Civil restringe la legitimación para solicitar la quiebra al propio deudor y a cualquiera de sus acreedores legítimos, dando lugar en el primer caso, a lo que suele denominarse como quiebra *voluntaria* y en el segundo caso quiebra *necesaria*.

Pero creemos importante mencionar que los Jueces tienen la facultad de declarar aún de oficio el estado de quiebra de un comerciante, en caso de desaparición u ocultamiento del mismo²⁹².

290 URÍA Rodrigo, *Derecho Mercantil*, Undécima edición, editorial; Marcial Pons, Madrid 1976, Pág. 807.

291 Artículo 1065 Código de Comercio de la República de Nicaragua.

292 En las sociedades personalistas ha de ser solicitada por todos los socios colectivos y en las sociedades en liquidación serán los liquidadores quienes la insten.



Otro elemento que consideramos interesante estriba en la situación que se produce cuando el deudor quebrado, es una entidad jurídica, pues en este caso nuestra legislación guarda silencio, debiéndose entender que a esta situación le son aplicables las reglas generales de la actuación societaria, en el sentido de que es el órgano de decisión de la sociedad quien debe tomar la resolución pertinente para solicitar la declaración de quiebra²⁹³, al respecto la Ley Concursal de España le atribuye esta capacidad también a los socios, miembros, o integrantes de la entidad que responden con su patrimonio por las obligaciones sociales²⁹⁴.

La solicitud de declaración de quiebra realizada por el deudor mismo, en ambos cuerpos normativos mencionados es suficiente causa para proceder a la declaración de quiebra, y debe ir acompañada de los libros, documentos e información que evidencien la situación real del comerciante, es decir, la demostración del sobreseimiento de los pagos²⁹⁵.

En nuestra legislación, el deudor mismo tiene la obligación de hacer la solicitud de declaración de quiebra cuando descubra que su activo es menor a su pasivo²⁹⁶, sin embargo la ley misma no da ningún incentivo al deudor que cumple con esta disposición²⁹⁷. Como luego profundizaremos

293 Artículo 3. numeral 1 y 3 de la Ley Concursal de España. En el caso de personas jurídicas, la legitimación activa, se extiende a los socios, miembros o integrantes que sean personalmente responsables de sus deudas, si bien en este caso debe entenderse que a los exclusivos efectos de poder solicitar el concurso necesario, ya que el voluntario únicamente está facultado para instarlo el órgano de administración o liquidación. (Artículo 3.1, II, LC E.)

294 Artículo 1067 Código de Comercio: “El comerciante que cesare en el pago corriente de sus obligaciones, si de su balance último resultare que el activo es inferior al pasivo, tendrá obligación de presentarse en estado de quiebra, dentro de los diez días siguientes al de dicha suspensión de pago. Si así no lo hiciere, la quiebra será declarada culpable”.

295 Artículo 1067 Código de Comercio.

296 Considero que para efectos de incentivo cabría el mismo hecho de que al deudor fallido que por voluntad propia ha promovido la declaración de insolvencia, sería justo o necesario que no se le despojara de la administración de sus bienes, ni de la dirección de su empresa. Sin embargo, el procedimiento y efectos tanto de la quiebra voluntaria como de la necesaria son los mismos, salvo en lo referido al derecho de alimentos al que tiene derecho solo el quebrado voluntario.

297 A saber Código de Comercio, artículo 1063; “procederá la declaración de quiebra, inciso 2) A solicitud fundada al acreedor legítimo”. Artículo 1064, Para la declaración de quiebra a instancia de acreedor, será necesario que la solicitud se funde en título por el cual se haya despachado mandamiento de ejecución o apremio y que del embargo no resulten bienes libres bastantes para el pago. También procederá la declaración de quiebra a instancia de acreedores que aunque no hubieren obtenido mandamiento de embargo, justifiquen sus títulos de créditos y que el comerciante ha sobreseído de una manera general en el pago corriente de sus obligaciones, o que, en el caso de su suspensión de pagos, le sea aplicable lo dispuesto en el artículo 1050 o en el 1061. Arto. 1065.- En el caso de fuga u ocultación de un comerciante, sin haber dejado persona que en su representación cumpla sus obligaciones, bastará para la declaración de quiebra a instancia de acreedor, que este justifique su título y pruebe esos hechos por información que ofrezca el Juez.



al hablar sobre los efectos de la declaración de quiebra, en Nicaragua este estatus implica el inmediato desapoderamiento de los bienes del comerciante y la privación inmediata de sus facultades de administración que pasan a un procurador provisional, nombrado por el Juez y después a un procurador nombrado por los acreedores. No es lógico suponer que el deudor que vislumbra una situación de crisis empresarial se sienta motivado para realizar la solicitud de declaración de quiebra cuando el resultado de la misma es ineludiblemente la extinción de su empresa que incluso podría ser viable y que talvez lo que necesitaría es simplemente una reorganización para emprender sus funciones.

En caso de la quiebra necesaria por su parte, los acreedores deben justificar la existencia de alguno de los hechos de quiebra²⁹⁸. Y he aquí donde encuentro talvez el cambio más importante que debe de operarse en nuestra legislación.

El artículo 1861 del Código de Procedimiento Civil de Nicaragua; establece que la declaración de quiebra a solicitud de los acreedores se realiza sin audiencia del deudor, a este en todo caso le queda la posibilidad de impugnar dicha declaración a posteriori y con el agravante de que la impugnación no suspende los efectos de la misma mientras no haya sido aceptada. Tal situación es totalmente gravísima e incluso inconstitucional en tanto violenta el derecho natural de ser oído y vencido en juicio antes de ser condenado²⁹⁹.

y 1065 del mismo cuerpo de ley.

298 En este apartado debo señalar que el artículo 34. de nuestra carta magna “Garantías mínimas” es el que establece: “Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas: inciso 1) A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley, lo que no sucede, e inciso 4) A que se garantice su intervención y defensa desde el inicio del proceso y a disponer de tiempo y medios adecuados para su defensa.

299 El tratamiento que le da la legislación concursal de España en sus artículos 15 numeral 1 que literalmente dice: “Provisión sobre la solicitud de otro legitimado y acumulación de solicitudes. 1. Cuando la solicitud hubiera sido presentada por cualquier legitimado distinto al deudor, el juez dictará auto admitiéndola a trámite y ordenando el emplazamiento del deudor conforme a lo previsto en el artículo 184, con traslado de la solicitud, para que comparezca en el plazo de cinco días, dentro del cual se le pondrán de manifiesto los autos y podrá formular oposición a la solicitud, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse”. Es más adecuado en tanto establece la existencia de un procedimiento previo en el cual al deudor se le da intervención al deudor sobre la existencia del hecho de quiebra alegado o sobre su solvencia misma y es hasta después de dicho procedimiento y ante las pruebas correspondientes que se procede a la declaración de quiebra o a la declaración sin lugar de al solicitud formulada por el acreedor. Igual tratamiento otorga la legislación Argentina en su artículo 11. Así mismo el artículo 1071 Código de Comercio establece: “Desde el momento en que se pronuncia la declaración de quiebra, el fallido queda de derecho separado de la administración de todos los bienes susceptible de embargo conforme a las leyes generales, la que pasara a un representante de los acreedores designado conforme a la ley de procedimiento mercantil. En



La gravedad de este tema está dada en tanto la declaración de quiebra produce una serie de efectos que son nocivos para el comerciante entre ellos el desapoderamiento inmediato de sus bienes, la separación del comerciante de la gestión de su patrimonio e incluso la posibilidad (casi inevitable) de que la quiebra sea declarada fraudulenta o culpable con las consiguientes responsabilidades penales que ello conlleva³⁰⁰.

VII. Órganos y operaciones del concurso. El papel del Juez, interventores y la Junta de Acreedores

Para situar este punto del procedimiento concursal, consideramos pertinente analizar el papel de cada uno de los órganos que participan directamente en el proceso de la quiebra, como lo es el *Juez*, los *Procuradores* y la *Junta de Acreedores*.

1. Juez

En cuanto a este órgano competente para la declaración de quiebra, nuestra legislación suponía desde su elaboración que los Jueces competentes para conocer de los procedimientos de quiebra serían los *Jueces de Comercio*³⁰¹, sin embargo, dicha institución judicial nunca se llegó a crear y en virtud de las normas generales que regulan la competencia de los órganos jurisdiccionales, la competencia de los procesos concursales le es propia a los Jueces de Distrito de lo Civil³⁰², no

consecuencia, no podrá comparecer en juicio como actor ni como reo, a no ser aquellas gestiones que exclusivamente se refieran a su persona o que tengan por objeto derechos inherentes a ella. Ligado con los artículos 11, 44 del Código de Comercio y el artículo 2252 del Código Civil que expresa: “desde al declaración de insolvencia el deudor queda de derecho separado e inhibido de la facultad de administrar y disponer de los bienes que le pertenezcan y sean legalmente embargables. Esta facultad corresponde a su acreedor o acreedores, quienes, en caso de concurso, ha de ejercerla por medio de procurador nombrado al efecto. En el Derecho moderno esta acción es reservada para casos en que el concurso es declarado concurso culpable.

300 Artículo 1047 del Código de Comercio: “El comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas prevea la imposibilidad de efectuarlos a la fecha de sus respectivos vencimientos o que no haya podido hacerlo en esas fechas, en virtud de accidentes extraordinarios, imprevistos o de fuerza mayor, podrá constituirse en estado de suspensión de pagos que declarará el Juez de Comercio de su domicilio en vista de su manifestación. Igualmente podrá hacerlo el mismo comerciante, por los accidentes dichos, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al vencimiento de una obligación que no haya satisfecho, no obstante de habersele reclamado judicialmente”.

301 Artículo 47 de la Ley Orgánica de Tribunales.

302 En la Ley Concursal de España, se aprecia la atribución de la competencia de los procesos concursales otorgada a un órgano que son los Juzgados Mercantiles, con la novedad de que el carácter atractivo del procedimiento concursal se profundiza al atribuirle también a estos Jueces el conocimiento de los asuntos laborales vinculados al patrimonio del concursado.



obstante, esta competencia no es totalmente completa ya que es posible que asuntos patrimoniales vinculados al patrimonio del concursado sean conocidos simultáneamente por los Jueces del Trabajo³⁰³.

Al respecto, podemos mencionar que el Juez de Distrito Civil desarrolla las siguientes funciones dentro del proceso:

- Declara el estado de insolvencia y abre el concurso.
- Tramita la eventual oposición del deudor en el proceso³⁰⁴.
- Nombra el Procurador provisional de la quiebra³⁰⁵.
- Convoca, dentro de los quince días posteriores de la declaración de insolvencia, a todos los que intenten hacer reclamos contra el deudor en calidad de acreedores, para que aleguen sus créditos y la preferencia que tuvieren. Asimismo, fija el día de convocatoria para la junta de examen y reconocimiento de créditos³⁰⁶.
- Conoce de los conflictos ocasionados por los créditos que no son reconocidos por la mayoría de la junta general de examen y reconocimiento, ya sea por su existencia, cantidad o preferencia³⁰⁷.
- Conoce de los conflictos relativos al convenio.
- Ordena la conclusión del concurso a través de un auto que deberá llenar los requisitos de publicidad³⁰⁸.
- Y realiza la calificación de la quiebra³⁰⁹.

Si analizamos detalladamente cada una de las funciones antes mencionadas, fácilmente nos damos cuenta que dentro de todo el proceso concursal el Juez tiene una labor secundaria, con poco poder de decisión, comportándose más bien como un administrador del proceso (procedimiento), que como garante del respeto a los derechos de las partes en pugna, pues su capacidad de decisión esta limitada por la misma ley.

303 Artículo 1061 del Código de Procedimiento Civil de Nicaragua.

304 Artículo 1864 del código de Procedimiento Civil de Nicaragua.

305 Artículo 1892 del código de Procedimiento Civil de Nicaragua.

306 Artículo 1920 del código de Procedimiento Civil de Nicaragua.

307 Según lo establecido en el artículo 1860 del Código de Procedimiento Civil, el cual ordena: "Fijar en edictos, periódico de la localidad, al menos 2 veces". También se debe cumplir con lo prescrito en el artículo 1880 del Código procedimental que establece que se debe inscribir en el Registro de Personas y Bienes, se anota preventivamente, cuando son sujetas de esta declaración las sociedades irregulares se ordena su inscripción. Cabe mencionar que los actos y contratos celebrados durante la quiebra son ineficaces aunque no se hayan inscrito.

308 Artículo 1843 del Código de Procedimiento Civil y siguientes.

309 Artículo 1886 del Código de Procedimiento Civil.



2. De los Procuradores

Los artículos 2274, 2280, y 2281 del Código Civil, establecen que forman parte de los órganos del concurso; los *Procuradores provisionales*, quien es nombrado por el Juez y este ha de ser Abogado o en su defecto instruido en Derecho y cuyos honorarios, no son más del 1% sobre el valor de bienes inventariados de la propiedad del fallido. *El Procurador definitivo y suplente*; que es nombrado por la Junta de Acreedores, luego de concluida la ocupación e inventario de los bienes, separando al deudor de la administración de sus bienes para ejercer desde ese momento tal función. Sus honorarios son del 5% sobre la cantidad que efectivamente produzca el activo del concurso.

Entre las funciones de los procuradores podemos mencionar las siguientes:

- Realizar la ocupación y el inventario de los bienes del fallido³¹⁰.
- Le corresponde representar a la masa judicialmente.
- Asimismo, a su cargo se encuentra promover la valoración de los bienes del fallido, la cual será realizada por peritos nombrados uno por el procurador, otro por el deudor y el tercero por el Juez.
- Igualmente, le corresponde presentar un estado general del activo y pasivo de la masa, una vez que se haya levantado el inventario de los bienes y rectificadas la lista de los acreedores y deudores.
- Propone la distribución de la masa.
- Y finalmente, el procurador deberá promover la calificación de insolvencia, con la audiencia del deudor y en expediente separado.

En relación con la figura del Procurador, podemos observar que nuestra legislación lo concibe prácticamente como uno de los personajes importantes en todo el proceso concursal, por cuanto adquiere un rol de administrador del proceso. Sin embargo, por la naturaleza de su profesión jurídica, muchas veces esto les resta la capacidad de administración que verdaderamente debería de desempeñar. Sin mencionar aún que tal Procurador sea imparcial, dado el hecho de que es nombrado por la junta de Acreedores, a la que se subordina y cuya aprobación debe obtener para el ejercicio de los actos más relevantes en el proceso concursal.

310 Artículo 2275 del Código Civil: “No podrá ser nombrado Procurador provisional, definitivo ni suplente, el que no sea Abogado; pero en los lugares donde no los hubiere podrán ser nombrados los Notarios, Procuradores; y a falta de estos los que fueren notoriamente instruidos en derecho”.



Es lógico suponer que si la junta de Acreedores tiene la capacidad de nombrarle, está en capacidad también para destituirle. Debiendo el Procurador representar de forma privilegiada los intereses inmediatos de los acreedores, es decir hacerse el pago, dejando en último lugar si acaso, la posibilidad de la preservación de la empresa.

Otra de las limitaciones que presenta la figura del Procurador es el hecho de que se haya impuesto como requisito para ser procurador el ser Abogado³¹¹, pues ello contrasta totalmente con la función que el Procurador debe desempeñar, que es más bien la de un administrador, esto implica que el patrimonio del fallido se vea drásticamente afectado por actos de administración realizados por un Abogado que muy probablemente no está capacitado para conocer de asuntos económicos y contables.

Uno de los problemas y vacíos que presenta nuestro ordenamiento concursal, lo constituye el hecho de que nuestra legislación establece la revocación de todo tipo de poderes, incluso los poderes judiciales, que el deudor comerciante necesitaría para poderse oponer y hacerse representar durante el concurso³¹².

Al respecto los artículos 1,144 del Código de Comercio, artículo 2252 del Código Civil y el artículo 1071 del Código de Comercio establecen:

“Desde el momento en que se pronuncia la declaración de quiebra, el fallido queda de derecho separado de la administración de todos los bienes susceptible de embargo conforme a las leyes generales, la que pasará a un representante de los acreedores designado conforme a la ley de procedimiento mercantil. En consecuencia, no podrá comparecer en juicio como actor ni como reo, a no ser aquellas gestiones que exclusivamente se refieran a su persona o que tengan por objeto derechos inherentes a ella”.

311 Esto afecta de cierta forma el correcto desarrollo del proceso, por cuanto, se le impide al quebrado la posibilidad de defenderse, y lógicamente, esto podría ser tachado de inconstitucional, ya que tanto el deudor como sus acreedores deben estar jurídicamente en un plano de igualdad al momento de la apertura del concurso. Si a esto le sumamos que muchas veces los procuradores no responden a los intereses de la sociedad, y esta, no puede como persona jurídica otorgar poderes suficientes para ser representada en el juicio. Aquí una corroboración más de las desigualdades de nuestro procedimiento concursal y por ende, la necesidad de una reforma.

312 Artículo 1866 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.



3. De la Junta de Acreedores

Entre sus funciones encontramos:

- Designa al Procurador definitivo y a su suplente³¹³,
- Asimismo, le corresponde aprobar o rechazar las cuentas del procurador³¹⁴,
- Tiene la función de aprobación del concursado y de los acreedores con derecho a votar,
- Aprueba la distribución de la masa³¹⁵,
- Y por último, tiene la función de aprobar o rechazar el convenio³¹⁶.

Como logramos constatar, cada una de las funciones que nuestra legislación le otorga a la Junta de Acreedores, la constituyen en el órgano máximo del proceso concursal, con la suficiente capacidad de poder y toma de decisión para resolver el concurso; sin embargo, es obvio que carece de la presencia del deudor o de un agente externo que le permita dar equilibrio o neutralidad en las decisiones adoptadas a lo largo del proceso.

Como se ha dicho, la Junta de Acreedores es la que tiene en definitiva el control del proceso concursal pudiendo incluso llevar a una situación

313 Artículo 1868 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

314 Artículo 1913 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

315 Artículo 1928 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

316 En la Ley concursal de España vemos un mejor equilibrio de las funciones atribuidas a cada órgano la ley simplifica la estructura orgánica del concurso. Solo el Juez y la administración judicial constituyen órganos necesarios en el procedimiento. La Junta de Acreedores únicamente habrá de constituirse en la fase de convenio, cuando no se haya aprobado por el sistema de adhesiones escritas una propuesta anticipada. Y la intervención como parte del Ministerio Fiscal se limita a su función calificadora del concurso, cuando procede su apertura. Esta Ley configura al Juez como órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el Derecho anterior y a discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones. Estas facultades a las que hago mención son las facultades tan importantes como las de adopción de medidas cautelares con anterioridad a su declaración o a la entrada en funcionamiento de la administración judicial, la aprobación del plan de liquidación o el régimen de pago de los créditos. Además esta Ley concede al Juez del concurso una amplia discrecionalidad en el ejercicio de sus competencias, lo que contribuye a facilitar la flexibilidad del procedimiento y su adecuación en las circunstancias de cada caso.

Otro elemento importante de la Ley Concursal española consiste en la incorporación de un órgano denominado “La Administración Judicial”, cuya composición es mas equilibrada en tanto, tiene un auditor de cuentas, un Abogado y uno de los acreedores comunes. Logrando así un órgano colegiado integrado por diferentes elementos profesionales en aquellas materias de relevancia para todo concurso; es decir la jurídica y la económica, con la presencia representativa de un acreedor ordinario. Debo destacar que dicha administración judicial es realmente un órgano imparcial y eminentemente profesional que supera las deficiencias ya anotadas en las que incurre la figura del procurador en nuestro caso.



de quiebra a un comerciante que no lo está, desde un punto de vista económico, tal es el caso ya mencionado de la suspensión de pagos, procedimiento en el cual, si la Junta de Acreedores no admite el acuerdo se lleva al comerciante que aún tenía bienes para responder por sus obligaciones a una situación de quiebra³¹⁷.

VIII. Auto de declaración de quiebra

En nuestro país la resolución declarando la quiebra está regulado en el Código de Procedimiento Civil³¹⁸ y se exige una investigación previa del juez tanto de los presupuestos objetivos como de los presupuestos subjetivos³¹⁹ y deberá de contener: a. Inhabilitación, b. Interdicciones legales, c. Declaración de deudas vencidas, d. Cesan los intereses, e. No Dinerarias se convierten en dinerarias, f. No reclamos individuales, g. Nombramiento del depositario. Procurador Provisional,³²⁰ h. Arresto del quebrado, i. Ocupación de las pertenencias³²¹, j. Adopción de las medidas de publicidad³²², k. Orden al Registrador para que se abstenga de inscribir títulos emanados del insolvente.³²³

Como se puede apreciar, la ley no deja al Juez la flexibilidad para adoptar medidas que vayan encaminadas a la real preservación del patrimonio

317 Considero importante recordar que este procedimiento es sin audiencia previa del quebrado.

318 Artículo 1859 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

319 Artículo 1864 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

320 Artículo 1875 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

321 Artículo 1862 del Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua.

322 Artículo 1880 del Código de Procedimiento Civil

323 A saber estas medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso está previsto en el artículo 17 de la Ley Concursal de España que literalmente dice:

1. A petición del legitimado para instar el concurso necesario, el juez, al admitir a trámite la solicitud, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. El juez podrá pedir al solicitante que preste fianza para responder de los eventuales daños y perjuicios que las medidas cautelares pudieran producir al deudor si la solicitud de declaración de concurso resultara finalmente desestimada.

3. Declarado el concurso o desestimada la solicitud, el juez del concurso se pronunciará sobre la eficacia de las medidas cautelares.

La finalidad de la medida cautelar que se puede adoptar al amparo de este artículo, consiste en asegurar la integridad del patrimonio del deudor, aunque de forma provisional, esto es, hasta que se declare el concurso, pues a partir de ese momento se produce una modificación de su naturaleza para convertirse en una simple medida de garantía de la afección. Por esa razón se dispone que el Juez se pronuncie de nuevo sobre la eficacia de la medida adoptada de forma previa, una vez sea declarado el concurso o bien desestimada la solicitud (artículo 17.3). Estas medidas no se detallan, sin embargo el artículo 17.1 se limita a decir que las que se considere necesarias para asegurar la integridad del patrimonio del deudor. Esto puede ser las mas comunes: el embargo preventivo de bienes o bien una prohibición de disponer y su inmediata anotación en el Registro. Estas medias pueden ser a instancia de parte o un de oficio según lo establece el artículo 21.1, 4º, de la misma ley.



del quebrado y le impone una camisa de fuerza que no le permite realizar valoraciones o consideraciones sobre medidas alternativas. En ese sentido la Ley Concursal de España, si le otorga al Juez un margen de discrecionalidad que le permite adoptar medidas más convenientes para la preservación del patrimonio del fallido³²⁴.

IX. Efectos de la declaración de quiebra

1. Relativos al deudor

En la legislación nicaragüense, los efectos de la declaración de quiebra para el deudor son nocivos, en primer lugar al fallido se le *priva de la capacidad procesal*³²⁵. El siguiente efecto es *el arraigo del fallido* ya que de acuerdo con el artículo 1072 del Código de Comercio³²⁶, una vez declarada la quiebra, no puede separarse del lugar del juicio sin autorización de la Junta de Acreedores, so pena del delito de desacato a la autoridad judicial. Otro efecto directo que recae sobre el deudor es la privación constitucional de la *privacidad de las comunicaciones*, ya que se ordena que todas le sean entregadas al Procurador de la quiebra y finalmente podemos afirmar que el quebrado deviene una incapacidad relativa, puesto que se le restringe la capacidad para realizar ciertos actos y en particular quedan revocados todos los mandatos o comisiones que le hubieren sido confiados, así como, los que él había encomendado³²⁷.

324 Artículo 1071 del Código de Comercio: “Desde el momento en que se pronuncia la declaración de quiebra, el fallido queda de derecho separado de la administración de todos los bienes susceptible de embargo conforme a las leyes generales, la que pasara a un representante de los acreedores designado conforme a la ley de procedimiento mercantil. En consecuencia, no podrá comparecer en juicio como actor ni como reo, a no ser aquellas gestiones que exclusivamente se refieran a su persona o que tengan por objeto derechos inherentes a ella”. Y artículo 2252 del Código Civil “desde la declaración de insolvencia el deudor queda de derecho separado e inhibido de la facultad de administrar y disponer de los bienes que le pertenezcan y sean legalmente embargables. Esta facultad corresponde a su acreedor o acreedores, quienes, en caso de concurso, ha de ejercerla por medio de procurador nombrado al efecto”.

325 Artículo 1072 del Código de Comercio: “La declaración de quiebra surte todos los efectos civiles y penales del arraigo para el fallido, quien no podrá separarse del lugar del juicio sin que lo autorice a ello la mayoría de los acreedores y sin dejar apoderado suficientemente instruido. El fallido que se separe del lugar del juicio sin llenar previamente esos dos requisitos, será considerado como reo del delito de desobediencia a la autoridad”.

326 Quisiera llamar la atención sobre este apartado, dada la grave situación que se origina con estas inquisitivas disposiciones. En primer lugar, tenemos un deudor al que sin haber sido previamente oído, se le ha declarado en quiebra, en abierta violación al derecho del debido proceso consagrado en nuestra Constitución Política en su artículo 34, inciso 4º, y como efecto de esa violación además se le restringen otros derechos Constitucionales tales como los consagrados en los artículos 26 y 31 de nuestra Constitución Política, que establecen la privacidad de las comunicaciones, la libre circulación, y el derecho a la defensa en juicio.

327 Supongamos que quien fungía como apoderado judicial de la sociedad, cuyo poder fue otorgado por la junta directiva, pretende revocar el auto de declaración de quiebra, la contraparte bien podría (y ya ha sucedido) alegar que el poder ha quedado revocado de conformidad a lo dispuesto en el artículo



Si tomamos como ejemplo la declaración de quiebra de una persona jurídica, podemos apreciar lo inaudito de la situación que se origina con la declaración de quiebra. Como ya se ha señalado antes, en Nicaragua la declaración de quiebra se produce sin que la preceda un juicio contradictorio, es decir, que el deudor no es oído antes de ser declarado en quiebra, como agravante una vez que se ha producido la declaración, quedan sin efecto los poderes otorgados por el quebrado, los órganos de dirección de la sociedad quedan por tanto sin capacidad para representar a la sociedad. Y aquí mi cuestionamiento ¿Cómo entonces puede la sociedad misma o los socios, que se consideren perjudicados por una declaración de quiebra maliciosa, hacer uso de la única defensa que le confiere la ley en el artículo 1861 del Código de Procedimiento Civil?³²⁸.

En este punto consideramos importante señalar sobre todo el primer párrafo de la exposición de motivos de la Ley Concursal de España,³²⁹ en la que la función principal de la Ley es la superación de las desigualdades de las que adolecía la Ley Concursal anterior, que gozaba de dispersidad de leyes, y carente sistema armónico que afectaba algunos intereses de los deudores en beneficio únicamente de los acreedores. Lo que es en nuestro sistema jurídico concursal una realidad y a lo que pretendemos hacer hincapié a lo largo de este estudio.

1075 del Código de Comercio, pues resultaría entonces, que no existiría de ninguna forma, persona legitimada para promover las acciones destinadas a revocar una declaración de quiebra maliciosa. Es cierto que un Juez que aplicase primordialmente la Constitución Política debería de hacer una labor de integración, sin embargo, como es bien sabido por nosotros, al tendencia de los Jueces de aplicar la norma común, mientras tanto los tribunales Supremos no declaren la inconstitucionalidad de una norma, en este caso, de este procedimiento, inquisitivo.

328 Esta Ley persigue satisfacer una aspiración profunda y largamente sentida en el derecho patrimonial español: la reforma de la legislación concursal. Las severas y fundadas críticas que ha merecido el derecho vigente no han ido seguidas, hasta ahora, de soluciones legislativas, que, pese a su reconocida urgencia y a los meritorios intentos realizados en su preparación, han venido demorándose y provocando, a la vez, un agravamiento de los defectos de que adolece la legislación en vigor: arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente.

329 Artículo 1071 del Código de Comercio: “Desde el momento en que se pronuncia la declaración de quiebra, el fallido queda de derecho separado de la administración de todos los bienes susceptible de embargo conforme a las leyes generales, la que pasara a un representante de los acreedores designado conforme a la ley de procedimiento mercantil. En consecuencia, no podrá comparecer en juicio como actor ni como reo, a no ser aquellas gestiones que exclusivamente se refieran a su persona o que tengan por objeto derechos inherentes a ella”. En concordancia con el artículo 2252 del Código Civil “desde al declaración de insolvencia el deudor queda de derecho separado e inhibido de la facultad de administrar y disponer de los bienes que le pertenezcan y sean legalmente embargables. Esta facultad corresponde a su acreedor o acreedores, quienes, en caso de concurso, ha de ejercerla por medio de procurador nombrado al efecto”.



Otro de los efectos directos y nocivos que la declaración de quiebra produce al deudor es en su afección patrimonial, el *desapoderamiento de la administración de sus bienes susceptibles de embargo*³³⁰, es decir que dicho despojo se produce desde el momento de la declaración de quiebra con independencia de si esta quiebra fue solicitada por el deudor mismo o por acreedores (voluntaria o necesaria). Por el contrario, en el caso de la Ley concursal de España, vemos una solución que además de ser más ponderada es más flexible puesto que el artículo 40 de la mencionada ley³³¹ prevé que en primer lugar habrá en principio diferencias en cuanto al desapoderamiento de los bienes y de la administración de la empresa, si el concurso es voluntario o necesario, siendo la regla que en el primero, el deudor conservara la administración de sus bienes bajo la supervisión de los administradores judiciales y en el segundo, será separado de la administración, correspondiendo la misma a los Administradores judiciales nombrados.

Pero esta ley va más allá, al establecer que tales reglas pueden ser modificadas por el Juez cuando éste lo considere apropiado para los fines del concurso, señalando los riesgos que se pretenden evitar o las ventajas que se procuran obtener y además dichas resoluciones pueden ser modificadas en el transcurso del procedimiento según mejor convenga a los intereses de proceso³³².

330 Artículo 40 de la Ley Concursal de España: Facultades patrimoniales del deudor.1. En caso de concurso voluntario, el deudor conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.2. En caso de concurso necesario, se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales.

331 Artículo 40, numeral 3 de la Ley Concursal de España. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario. En ambos casos, deberá motivarse el acuerdo señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener, y numeral 4. A solicitud de la administración concursal y oído el concursado, el juez, mediante auto, podrá acordar en cualquier momento el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del deudor sobre su patrimonio.

332 Considero importante citar la exposición de motivos de la legislación española en la que establece: "La flexibilidad del procedimiento se percibe también en el régimen de los efectos que produce la declaración de concurso. Respecto del deudor, se atenúan los establecidos por la legislación anterior y se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia. La «inhabilitación» se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas. La ley limita los efectos de la declaración de concurso, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que benefician la normal tramitación del procedimiento y, en la medida en que ésta lo exija, confiando al juez la potestad de guardarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas de cada caso. Todo ello, además de los efectos que, por alcanzar a derechos fundamentales de la persona del deudor, como son los de libertad, secreto de las comunicaciones, residencia y circulación por el territorio nacional, se regulan en la Ley Orgánica para la Reforma Concursal".



Definitivamente el tratamiento que nuestra legislación otorga al desapoderamiento del patrimonio del deudor no es el más adecuado, pues es imposible pretender que no se perjudique la masa patrimonial, sin la colaboración del deudor mismo y no es sensato esperar dicha colaboración cuando el deudor es privado de la administración y del patrimonio mismo sin tener noticias de que eso iba a suceder y tampoco es lógico intentar que un deudor acuda a un procedimiento voluntario en el cual el primer efecto de la declaración será el desapoderamiento de sus bienes.

La consecuencia natural de dicha medida es que los deudores que están en situación de crisis económicas no acudan al procedimiento concursal aunque la situación sea remediable, ya que si lo hacen verán su patrimonio en manos de sus acreedores, y en irremediable pérdida de su patrimonio, siendo declarados en quiebra, cuando podría ser el simple caso de una crisis económica pasajera.

Por si fuese poco, en nuestra legislación el Juez está impedido de hacer razonamientos o tomar medidas que contribuyan a la preservación del patrimonio para un mejor resultado del procedimiento concursal, no puede más que ordenar el desapoderamiento de los bienes del deudor y su entrega a un procurador provisional o a un eventual procurador definitivo, que será nombrado por los mismos acreedores y el que naturalmente responderá a sus intereses³³³.

333 Artículo 50 Ley Concursal de España: Nuevos juicios declarativos.1. Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado.2. Los jueces o tribunales de los órdenes contencioso- administrativo, social o penal ante los que se ejerciten, con posterioridad a la declaración del concurso, acciones que pudieran tener trascendencia para el patrimonio del deudor emplazarán a la administración concursal y la tendrán como parte en defensa de la masa, si se personase.

Y artículo 51 de Ley Concursal de España referentes a; Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes.1. Los juicios declarativos en que el deudor sea parte y que se encuentren en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza de la sentencia. No obstante, se acumularán aquellos que, siendo competencia del juez del concurso según lo previsto en el artículo 8, se estén tramitando en primera instancia y respecto de los que el juez del concurso estime que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. La acumulación podrá solicitarse por la administración concursal, antes de emitir su informe, o por cualquier parte personada, antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores. 2. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, la administración concursal, en el ámbito de sus competencias, sustituirá a éste en los procedimientos judiciales en trámite. De la solicitud presentada por la administración concursal dará el juez traslado al deudor en todo caso y a aquellas partes personadas en el concurso que estime deban ser oídas respecto de su objeto. Las costas impuestas a consecuencia del allanamiento o del desistimiento autorizados tendrán la consideración de crédito concursal; en caso de transacción, se estará a lo pactado en materia de costas.



Si observamos atentamente, el resultado es totalmente contradictorio a la finalidad que se persigue, ya que aparentemente lo que se pretende es mantener y preservar la integridad del patrimonio del deudor, a través del nombramiento de un procurador, sin embargo, por muy simple que sea el giro de la empresa, un procurador recién nombrado (con el perjuicio de que en nuestro sistema, el requisito para ser nombrado Procurador es que sea Abogado), tendrá que tomarse tiempo valioso para comprender la naturaleza, situación, perspectivas de la empresa y lo más probable es que en ese período el patrimonio del deudor más allá de sanarse y protegerse, se deteriore y sufra menoscabo.

Desde otra perspectiva el desapoderamiento automático del deudor de su patrimonio atenta contra las posibilidades reales de ejercitar su defensa contra una declaración de quiebra provocada de forma maliciosa por un acreedor, puesto que al ser despojado de su patrimonio éste no contará con los recursos necesarios para ejercer una efectiva defensa de su patrimonio.

2. Relativos al acreedor

Entre los efectos de la declaración de quiebra sobre el acreedor, lo encontramos en el artículo 1077 del Código de Comercio que establece:

“Declarada la quiebra, los acreedores no podrán promover ejecución ni continuar la que tuvieran iniciada contra el fallido, pues todas las causas que se hallen pendientes contra éste o puedan afectar sus bienes, serán acumuladas al juicio universal del curso. Se exceptúan de esta regla los acreedores hipotecarios y prendarios, los que podrán iniciar y llevar adelante la ejecución contra los bienes afectos a la seguridad y pago de sus créditos. También se exceptúan las acciones puramente personales o extrañas a la quiebra”.

Esta disposición se ha prestado a muchas interpretaciones erróneas en el sentido de que no se pueden iniciar acciones individuales de forma absoluta, cuando la interpretación correcta, es que fuera del procedimiento concursal no se darán dichas acciones. Como se puede apreciar la legislación nicaragüense sigue la clásica tradición de privilegiar las acciones relativas a obligaciones con garantías reales en tanto, los acreedores con prendas o hipotecas no se ven afectados por



el procedimiento concursal ya que bien pueden iniciar o seguir sus ejecuciones de forma separada y no se ven afectados por el carácter atractivo y universal del proceso concursal.

La Ley Concursal de España, por su parte, es más preciso al establecer en sus artículos 50 y 51 diferencias claras entre los juicios declarativos pendientes al momento de la declaración de la quiebra y los que se originen con posterioridad a la misma, regulando que los primeros solo serán acumulados cuando el Juez estime que tienen trascendencia sobre el concurso y que los segundos sean conocidos por el Juez del concurso³³⁴. Esta ley también regula, en su artículo 56, un novedoso tratamiento, que sin despojar a los acreedores con garantías reales de sus privilegios, atenúa los mismos en beneficio del mejor interés del concurso. En esta formulación los acreedores con garantías reales ven paralizadas sus ejecuciones (sin que se afecte su derecho de prelación) hasta por un año, o hasta el momento en que se llegue a un convenio entre el deudor y sus acreedores³³⁵.

Consideramos que es una excelente medida la prevista en la Ley Concursal de España, en tanto que en nuestra práctica los acreedores con garantías reales normalmente tendrán la capacidad de frustrar las posibilidades de preservación de la empresa en crisis, ya que si los mismos ejecutan sus garantías, muy probablemente dejen a la empresa sin sus activos más valiosos³³⁶.

334 Artículo 56 Ley Concursal de España: Paralización de ejecuciones de garantías reales.

1. Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

335 Por ejemplo; en Nicaragua es una práctica común que los acreedores hipotecarios y prendarios otorguen créditos cuyo monto es muy inferior al del valor de los bienes dados en garantías, ya sea hipotecaria o prendaria, y esto presente en una situación concursal los acreedores con garantías real normalmente, estarían en posición de adjudicarse los principales bienes de la empresa por montos que bien podrían ser cubiertos con la realización de otros bienes de la misma empresa o con el mismo activo circulante, situación que además de imposibilitar una reorganización exitosa, podría en última ratio no permitir una satisfacción más equilibrada de los intereses de los acreedores sin garantías.

336 Ver también: Artículo 1078 Código de Comercio: En virtud de la declaración de quiebra se tendrán por vencidas, a la fecha de la misma, las deudas pendientes del quebrado. Si el pago se verificase antes del tiempo prefijado en la obligación, se hará con el descuento correspondiente.

Artículo 1079 Código del Comercio: Desde la fecha de la declaración de quiebra dejarán de devengar intereses todas las deudas del quebrado, salvo los créditos hipotecarios y pignoraticios, pero sólo hasta donde alcance la respectiva garantía.

Artículo 2269 Código Civil: desde la declaración de insolvencia cesan de correr contra el concurso los intereses de créditos que no estén asegurados con prendas o hipotecas; y aun los acreedores



Otro de los efectos de la declaración de quiebra en nuestra legislación, es el *vencimiento inmediato de todas las obligaciones a plazos* y el *cese de los intereses de las obligaciones sin garantías reales*.³³⁷

En el caso de la Ley Concursal española, sucede lo mismo en relación a los intereses, pero en cuanto al vencimiento de las obligaciones a plazos se sigue una línea más sensata, puesto que se analizan diversos casos posibles tales, como los efectos que surte la declaración sobre contratos de trabajo, sobre los contratos del personal de dirección, sobre los convenios colectivos, sobre los contratos con las administraciones públicas y en general se deja a la administración judicial la función de determinar la conveniencia o no de seguir con los contratos pendientes al momento de la declaración de quiebra, llegando a calificar como no puestas las cláusulas mediante las cuales se produce la resolución automática de los contratos de declaración del concurso.

X. Clases de quiebra: Efectos de la clasificación

En Nicaragua se sigue la clasificación tradicional de las quiebras que divide las mismas en culpables, fraudulentas y fortuitas,³³⁸ a pesar de dicha clasificación, la ley se ocupa realmente de las quiebras culpables y fraudulentas. La quiebra fortuita se considera residualmente ya que como se establece en el artículo 1088 del Código de Comercio:

pignoraticias o hipotecarios no podrán exigir los intereses corrientes sino hasta donde alcance el producto de la cosa sobre la cual este constituida la garantía.

Artículo 2270 Código Civil: En virtud de la declaración de insolvencia, se tiene por vencidas todas las deudas pasivas del insolvente. Cuando los acreedores hipotecarios o pignoraticios quisieren aprovecharse del vencimiento del plazo por el hecho del concurso, no podrán cobrar fuera de éste.

337 Artículo 1087 de Código de Comercio de Nicaragua: “Para los efectos legales se distinguirán tres clases de quiebra, a saber: fortuita, culpable y fraudulenta”.

338 En concordancia con los artículos 29 y 46 del Código Comercio de Nicaragua que establecen: Artículo 29: “La contabilidad será llevada por partida doble. Los libros, con excepción del Libro copiator de cartas y telegramas, deberán inscribirse en idioma castellano. La contravención a estas disposiciones se castigará con la multa de ocho a cuarenta córdobas. En los casos de exhibición judicial, los libros escritos en idioma extranjero serán traducidos a costa del dueño por interprete nombrado de oficio, sin perjuicio del pago de la multa”. Artículo 46: “los comerciantes conservaran los libros, telegramas y correspondencia de sus giros en general, por todo el tiempo que este dure y hasta diez años después de la liquidación de todos sus negocios y dependencias mercantiles. Se presume que los herederos del comerciante tienen los libros de este y están sujetos a exhibirlos en la misa forma y los términos que estaría la persona a quien heredaran. Los documentos que conciernan especialmente a actos o negociaciones determinadas, podrán ser inutilizados o distribuidos, pasado el tiempo de o prescripción de las acciones que de ellos se derivan, a menos que haya pendientes alguna cuestión que se refiera a ellos directa o indirectamente, pues en tal caso, deberán conservarse hasta la terminación de la misma.



“La quiebra es fortuita si no estuviera comprendida en ninguno de los casos previstos en los dos artículos siguientes”.

Los dos artículos siguientes a los que se refiere la norma son los relativos a la quiebra culpable y a la quiebra fraudulenta.

1. Quiebra culpable

Para estos casos la Ley establece en su artículo 1089 del Código de Comercio trece causales en las que recaería un comerciante. Entre ellos mencionaré algunos que consideramos los más importantes a saber:

- 1. Si los gastos domésticos o personales del quebrado hubieren sido excesivos en relación a su haber líquido, atendidas las circunstancias de su rango y al número de personas de su familia;*
- 2. Si los gastos de su establecimiento o negociación han sido mucho mayores que los debidos, atendiendo a su capital, su movimiento y demás circunstancias análogas;*
- 3. Si hubiere sufrido pérdidas en cualquiera clase de juego que excedan de lo que por vía de recreo suele aventurar en esta clase de entretenimientos un cuidadoso padre de familia;*
- 4. Si las pérdidas hubieren sobrevenido a consecuencia de apuestas imprudentes y cuantiosas o de operaciones de bolsa sobre títulos, valores o mercancías;*
- 5. Si no hubiere llevado los libros de contabilidad en la forma y con todos los requisitos esenciales que se prescriben en este Código, o si aún llevándolos con todas estas circunstancias hubiere ocurrido en falta que hubiere causado perjuicio a tercero³³⁹;*
- 6. Si no conservase las cartas que le hubieren dirigido con relación a sus negocios, siempre que hiciesen falta para algún punto relativo a las operaciones de la quiebra;*

Como se puede observar, en dichas causales se encuentran en primer lugar disposiciones de carácter muy casuístico y que solo son aplicables al comerciante individual, tal es el caso de los numerales 1, 3, 4 y por otro lado la estipulación de causales tan detalladas establecen siempre una limitación a nuevas formas que puedan ser consideradas como causas de

³³⁹ Según el Código Penal de la República de Nicaragua en su artículo 297, quien realice cualquier de estos supuestos se le impondrá La pena de dos a seis años de prisión e inhabilitación especial por igual período.



quiebra culpable. También encontramos causas que son casi ineludibles tales como la descrita en el numeral 6 relacionado a la conservación de la correspondencia.

2. Quiebra fraudulenta

En cuanto a esta clasificación la norma establece en el artículo 1090 del Código de Comercio cuales son las causales, y entre ellas mencionaremos solo algunas de las que consideramos más importantes y de las que el Código Penal vigente Ley No. 641 hace referencia también³⁴⁰:

“Es quiebra fraudulenta la de los comerciantes en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes”:

- 1. Alzarse con todo o parte de sus bienes;*
- 2. Incluir en el balance, memorias, libros u otros documentos relativos a su giro o negaciones, bienes, créditos, deudas, pérdidas o gastos supuestos;*
- 3. No haber llevado libros, o llevándolos, incluir en ellos con daño de tercero, partidas no sentadas en el lugar y tiempo oportunos;*
- 4. Rasgar, borrar o alterar de otro modo cualquiera, el contenido de los libros, en perjuicio de tercero;*
- 5. Ocultar en el balance alguna cantidad de dinero, créditos, géneros u otra especie de bienes o derechos;*
- 6. Simular enajenaciones de cualquiera clase que presumiéndose simulada la enajenación como se dispone en el párrafo final del artículo 2,247 C.*
- 7. Haber anticipado pagos en perjuicio de sus acreedores;*
- 8. Si después del último inventario y dos meses antes de la declaración de quiebra, apareciere en el pasivo, con relación al activo, un exceso de veinticinco por ciento, sin haberse hecho la manifestación relativa al estado de quiebra³⁴¹;*
- 9. Si no hubiere hecho inventario en las épocas prevenidas en este Código, en las fijadas en los estatutos sociales o en los contratos que sobre el particular se estipularen;³⁴²*

340 En concordancia con el artículo 1089 numeral 13 del Código de Comercio.

341 En concordancia con el artículo 33 numeral 3 del Código de Comercio

342 En la exposición de motivos la ley de España formula el criterio general de calificación del concurso como culpable y la continuación enuncia una serie de supuestos que, en todo caso, determinan esa calificación, por su intrínseca naturaleza, y otra de supuestos que, salvo prueba en contrario, son presuntivos de dolo o culpa grave, por constituir incumplimiento de determinadas obligaciones legales relativas al concurso. Si el preceptivo informe de la administración concursal y el dictamen del Ministerio Fiscal coincidieran en la calificación del concurso como fortuito, se archivarán



10. Si el fallido *practicare* cualquiera otra operación que fraudulentamente disminuya su activo o aumente su pasivo;

El artículo 1091 del Código de Comercio también establece que cuando la quiebra del comerciante cuya verdadera situación no pueda deducirse de sus libros, se presumirá fraudulenta, salvo prueba en contrario. En este caso el legislador nuevamente establece una numerosa cantidad de causas por las cuales se puede considerar fraudulenta una quiebra, presentando la misma problemática, que la de la clasificación de la quiebra culpable; una excesiva casuística que contradice la simplicidad y que presenta la debilidad de toda lista, el quedar rápidamente desactualizada.

Otro problema que observamos se nos presenta al comparar las listas de causales, es que algunas situaciones podrían ser encuadradas bien en la quiebra culpable o bien en la quiebra fraudulenta y quedaría a discreción del impartidor de justicia su calificación, tal es el caso de no haber llevado los libros de contabilidad establecidos en la Ley, causa que se aprecia en el artículo 1089 numeral 9 y también en el artículo 1090 inciso 3.

Esta clasificación tradicional tripartita y casuística es abandonada en la Ley Concursal de España, al establecerse en su legislación el criterio general de calificación del concurso como culpable y fortuito³⁴³,

las actuaciones sin más trámites. En otro caso, la calificación como culpable se decidirá tras un contradictorio, en el que serán partes el Ministerio Fiscal, la administración concursal, el deudor y todas las personas que pudieran resultar afectadas por la calificación.

343 Esta disposición es bien intencionada, pues lo que procura es evitar todos aquellos acuerdos entre acreedores en perjuicios de los demás, sin embargo no es práctica ya que evita la posibilidad de lograr un acuerdo global, satisfactorio negociando por separado con los acreedores. Para poder lograr este acuerdo el artículo 1101 del Código de Comercio exige el voto favorable de los dos tercios de los acreedores cuyos créditos formen las tres cuartas partes de los acreedores que presenten los dos tercios de los créditos. Como ya he señalado antes, la consecución de tales mayorías es casi imposible de lograr en la práctica. Una vez que se logra el convenio. Según artículo 1103 del Código de Comercio (no mediando pacto expreso en contrario), los créditos quedarán extinguidos en la parte de que hubiere hecho remisión al quebrado, aún cuando le quedare algún sobrante de los bienes de la quiebra, o posteriormente llegare a mejor fortuna, y en el caso de no haber mediado el convenio expreso, los acreedores que no sean satisfechos íntegramente con lo que perciban del haber de la quiebra hasta el término de la liquidación de esta; conservaran acción por lo que se les reste en deber sobre los bienes que ulteriormente adquiera o pueda adquirir el quebrado.

Considero prudente analizar lo correspondiente a este tema según la Ley Concursal de España, ya que consideran dos soluciones como formas de terminación del proceso concursal: el convenio y la liquidación. El convenio esta supuesto a ser de acuerdo con las nuevas filosofías del derecho concursal la solución normal el concurso. Además esta ley fomenta el convenio a través de diversos mecanismos simples tales como; la posibilidad de que el deudor logre, antes de iniciar el proceso concursal un convenio con sus acreedores y lo presente junto con a solicitud de declaración de quiebra voluntaria. Pues esta novedad, promueve la verdadera búsqueda de un acuerdo entre el deudor y sus



estableciendo una norma de carácter general (artículo 163.1LCE), varios casos concretos en los cuales se puede presumir la culpabilidad del quebrado (artículo 163.2 LCE) y fijando casos en los cuales se establecen presunciones de dolo o culpa grave (artículo 164 LCE).

XI. Formas de terminación del procedimiento de quiebra

En Nicaragua la ley prevé tres formas de terminación de la quiebra a saber: la revocación del auto declarando la quiebra, el convenio con los acreedores y la realización de los bienes del deudor.

La revocación del auto declarando la quiebra es; una posibilidad formal más que real, como ya se ha expresado, por las características de nuestra legislación, es extraño que un comerciante declarado en quiebra judicialmente <aunque económicamente no lo este> tenga posibilidades reales de ejercer una defensa efectiva de su patrimonio y pueda obtener la revocación del auto declarando la quiebra. Ello sucede también porque el sistema concursal nicaragüense no posee estímulo para que el comerciante se acerque al mismo de forma temprana cuando sus problemas son aún solucionables, pues ya hemos visto que el sistema no proporciona ningún tipo de estímulo sino más bien ahuyenta al comerciante prudente que quisiera superar una situación de crisis en una empresa viable. De tal manera, que éste comerciante se enfrascará en operaciones riesgosas o en contraer préstamos gravosos con la esperanza de salvar la empresa y cuando ya acuda al sistema concursal estará sin remedio alguno, lo que produciría un fenómeno mas gravoso, en el que únicamente quedarán los restos de una empresa en la que no existan activos que liquidar y no valdrá la pena siquiera intentar el procedimiento concursal.

acreedores cuan aún la crisis de la empresa no es tan grave y permite al deudor entrar al proceso concursal con cierta seguridad de que el mismo no significará automáticamente la desaparición de la empresa. Pero como es obvio, no todos los deudores pueden gozar de estas prerrogativas, pues en su artículo 105 de la Ley señala seis casos y estos se refieren en general a casos en los cuales un deudor que actúa de mala fe quisiera hacer uso de esta forma de terminación del proceso de manera fraudulenta, como por ejemplo cuando no ha cumplido con la obligación de llevar los libros contables en debida forma.

La liquidación queda siempre como la otra posibilidad general de conclusión del concurso (pero ahora como ultima ratio), esta bien puede ser solicitada por el deudor mismo o de oficio cuando ninguna de las propuestas de convenio haya podido ser admitidas por los mínimos legales o cuando las aprobadas no sean ratificadas judicialmente y a pesar de que el fallido entre a la fase de liquidación en esta se produce de forma imparcial y coherente de acuerdo a un plan propuesto por la administración judicial y se procurara que se mantenga la unidad de los establecimientos o unidades productivas.



La revocación de la declaración de quiebra según el artículo 1861 del Código de Procedimiento Civil se produce en la vía incidental; mediante la promoción de un incidente no suspensivo, que se promueve después de la declaración de quiebra y después de que sus efectos se han producido.

Como ya se ha señalado anteriormente, este tema es a nuestro juicio uno de los más sensibles en la materia concursal puesto que, constituye una flagrante violación incluso al orden constitucional, pues es posible declarar en situación de quiebra a alguien que sin haberle oído, inmediatamente se producen dañinos efectos de la declaración (desapoderamiento, pérdida de la capacidad para administrar, disminución de la capacidad procesal, entre otros), y por si fuese poco, si el deudor desea revocar el auto de declaración de quiebra, este debe hacerlo a través de la vía incidental suspensivo es decir; que los efectos de dicha declaración de quiebra persistirán hasta que no se resuelva el incidente promovido en su contra.

El convenio es un acuerdo entre la Junta de Acreedores y el deudor, para evitar la liquidación de la empresa, y este puede consistir en quitas o esperas. En nuestra legislación, de acuerdo con el artículo 1098 del Código de Comercio, este convenio puede ser suscrito en cualquier etapa del juicio de quiebra, estando impedido únicamente de hacerlo el quebrado fraudulento. Esto opera solo en términos teóricos, pues como se ha dicho, cuando el comerciante entre en un estado de quiebra los acreedores normalmente se limitan a tratar de recuperar sus créditos haciendo uso de su posición dominante ante el deudor quebrado en el procedimiento concursal.

Este convenio debe hacerse ante la junta de acreedores legalmente constituida. Todo pacto entre particulares y el quebrado son totalmente nulos y el acreedor que los hiciere perdería sus derechos en la quiebra, y el quebrado por su parte sería calificado como culpable, cuando no mereciere ser calificado como un quebrado fraudulento.

Este convenio puede ser impugnado por los acreedores disidentes y los que no hubieren concurrido a la junta, por causas expresamente establecidas en el artículo 1106 del Código de Comercio, estas causas están circunscritas a efectos formales en la convocatoria de la junta o en la mayoría a manipulaciones fraudulentas bien sea en los créditos.



Pues este convenio quedaría sin efecto cuando el deudor lo incumple o el Juez hubiese declarado su nulidad. También se considera como una forma de conclusión del proceso concursal, la liquidación de los bienes del deudor.

XII. Conclusiones

1. El proceso concursal en nuestro país tiene básicamente dos objetivos; el primero de ellos y el más importante; eliminar a las empresas y el otro es la satisfacción únicamente de los créditos de los acreedores.
2. En nuestra legislación, el mismo deudor tiene la obligación de hacer la solicitud de declaración de quiebra cuando descubra que su activo es menor a su pasivo,
3. Nocivos efectos legales que recaen sobre el deudor en beneficio únicamente de los acreedores y sobre todo de aquellos que gozan de créditos privilegiados, sin haber escuchado de previo al deudor.
4. Existe dispersidad de normas, tanto normativas como procesales, encontrándolas tanto en el Derecho Mercantil, en el Derecho Civil como en el Derecho Procesal Civil.
5. Disposiciones no armónicas, además de la innecesaria dualidad de conceptos que de la quiebra se deviene para los comerciantes y la insolvencia para los no comerciantes, a pesar de la unidad de procedimientos para ambas figuras.
6. El Judicial se ve impedido de hacer considerar o tomar decisiones que busquen la reorganización de la empresa, o de decretar medidas cautelares en beneficio del procedimiento.
7. Óptica liquidacionista del sistema concursal ya que los acreedores esperan únicamente recuperar sus créditos, en perjuicio del deudor mismo, de los trabajadores de la empresa, y hasta del mismo Estado. Utilizando para ello la figura del Procurador.
8. Nuestro Derecho Concursal no está acorde con las exigencias del moderno Derecho Concursal.

XIII. Recomendaciones

1. En una eventual reforma a la Ley considero que para que ésta sea exitosa, en el sentido que sea justa y que permita el buen uso de los medios de producción, no es preciso pensar de antemano en un proceso liquidatorio de la empresa, sino en la reorganización de la empresa viable, a fin de procurar su reiniciación en el mercado y



- procurar su buen funcionamiento a fin de percibir ganancias, para que de ello se puedan pagar a los acreedores.
2. Se debe procurar que el sistema favorezca la anticipación, es decir que exista un control del desempeño de la actividad de los comerciantes que permita que desde que la crisis se empieza a manifestar con síntomas tales como la iliquidez, el deudor tenga la facilidad de acudir al procedimiento concursal con la convicción de que ya no se encontrará con la posición intransigente de los acreedores de querer llevar a la empresa a la liquidación, para satisfacer sus créditos, sino que se encontrará con un mecanismo que le proporcione una solución viable a él, y a su empresa, sobre todo en función de su reorganización, brindándole así mismo el beneficio de que si compareciere a solicitar el concurso no se le despoje de la administración de sus bienes.
 3. Es imperativa una reforma al tratamiento que la legislación nicaragüense le da a la solicitud de quiebra promovida por los acreedores y debe adoptarse una solución similar a la establecida en las legislaciones europeas o las adoptadas como en el caso de Argentina, en la que la declaración de quiebra solicitada por los acreedores debe estar precedida por un proceso contradictorio en el cual, con todas las garantías procesales, se le oiga de previo al deudor.
 4. Una reforma a la Ley Concursal vigente, en el sentido de que goce de armonía en su procedimiento, y en el que no sea necesario acudir a otras leyes ni procedimientos para ventilar el proceso de concursal.
 5. Creemos que una correcta definición de los hechos y conceptos de quiebra en una eventual reforma a nuestra Ley Concursal, supone en principio diferenciar las situaciones de iliquidez de las de quiebra, previendo diversos tratamientos para cada situación en particular, así como establecer diferenciaciones en cuanto a que si la solicitud de quiebra la promueve el mismo deudor o los acreedores, también creemos importante que se incluya en los casos de solicitud de quiebra promovida por el acreedor, el que las ejecuciones infructuosas solo deberían ser consideradas como hechos de quiebra cuando afectaren una importante parte del patrimonio del deudor.
 6. Consideramos que la nueva legislación concursal nicaragüense debe adoptar un modelo que establezca principios rectores pero que también otorguen al Juez las facultades suficientes para elegir las medidas más adecuadas para alcanzar el objetivo de la conservación



de la empresa y en último caso su liquidación exitosa, según la concepción del Derecho Concursal moderno, ya que es inadmisibles que los acreedores quienes tienen intereses contrapuestos con los del concursado, sean quienes tengan la decisión última en los asuntos más importantes tales como el rechazo a una propuesta de convenio, o el nombramiento del Procurador.

7. Para contribuir con el equilibrio elemental de los derechos en pugna, es importante que se establezca un órgano de administración de carácter imparcial y con componentes técnicos, que permitan realizar un diagnóstico acertado de la situación real de la empresa, abandonando el sistema actual en el que la junta de acreedores toma el control total de la situación, haciendo prevalecer sus intereses inmediatos por sí o a través del Procurador que como hemos dejado planteado solo persigue los intereses de los acreedores. Este órgano de administración que luego de haber analizado otras legislaciones, consideramos fuese conformado por un Abogado, un Administrador de empresas o Economista y un Contador, pues el fin que se debe buscar es el de la conservación de la empresa, emprendiendo nuevos mecanismos de salvación a fin de que su recuperación sea pronta y sobre todo que esta reorganización beneficie a la economía y los créditos de los acreedores.
8. Mi recomendación general es que desde la Academia las instituciones interesadas, deberían considerar la posibilidad de una reforma a nuestro desfasado Derecho Concursal tomando en consideración los datos que proporcioné al respecto.-

XIV. Bibliografía

Textos

BROSETA PONT, Manuel, *Manual de derecho mercantil*, vol. I, 11ª edición a cargo de Fernando Martínez Sanz; Tecnos; Madrid; 2002.

DÍEZ – PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tecnos, Madrid, 1979. Volumen II.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J., *Derecho Mercantil*, 6ta edición corregida y puesta al día, ed Ariel S.A, Barcelona, España, 2000.



ORÚE CRUZ, José René, “*Manual de Derecho Mercantil*”, ed Hispamer, 2003.

RODRIGO URÍA, Menéndez Aurelio, colectivo de autores, “*Curso de Derecho Mercantil*”, volumen segundo, civitas, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, “*Instituciones de Derecho Mercantil*”, ed Marcial Pons, Madrid, 2000.

SOLÓRZANO, Aníbal, “*Glosas al Código de Comercio de Nicaragua*”, ed hispamer, Nicaragua, 1999.

VICENT CHULIÁ, Francisco, “*Introducción al Derecho Mercantil*”, 17^a. Edición, ed Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.

Legislación

Código Civil de la República de Nicaragua de 1904.

Código de Comercio de la República de Nicaragua del 30 Abril de 1914.

Código de Procedimiento Civil de la República de Nicaragua de 1906.

Ley Concursal española No. 22/2003.

Ley No. 561, Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras no Bancarias y Grupos Financieros, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 232 del 30 de noviembre del 2005.

