

CONCEPTO DE UN MAGISTRADO

Sentencia en la quiebra de "CORREA ACEVEDO & CIA. C.A."

CONTENIDO JURIDICO

1- Cómo se tramitan los créditos en las quiebras. Vacío del Código de Comercio.

2- La acción revocatoria. Su naturaleza, requisitos, noción de dolo y de mala fé, fraude pauliano y fraude concursal. Fundamento de la revocatoria concursal. De la restitución, mejoras, frutos, reembolso de lo pagado. Qué es dación en pago. Imprecisión del numeral 30. del art. 1965 del Código de Comercio. Comparación de los numerales 3o. y 11.

3- La quiebra, patrimonio autónomo. Qué son patrimonios autónomos. Teorías.

4- Legitimación sustancial del síndico.

5- Legitimación para la causa, del síndico. Teorías acerca de la legitimación para la causa. Teoría que expone la Sala de Decisión.

6- Extralimitación del representante de una sociedad. Esa extralimitación se sanciona con la inoponibilidad y no con la nulidad, como algunos dicen.

7- Título-valor firmado en blanco e incompleto o defectuoso. "Pagaré abierto", carece de valor.

ARTURO GOMEZ DUQUE

**Magistrado Tribunal Superior de Medellín. Sala Civil
Profesor Facultad de Derecho U.P.B.**

TRIBUNAL SUPERIOR SALA DE DECISION

Ponente: Dr. Arturo Gómez D.

Medellín, veintiocho de mayo de mil novecientos ochenta y cinco.

Vamos a proferir fallo de segunda instancia en el proceso de QUIEBRA donde está comprometida la sociedad "CORREA ACEVEDO Y CIA. COMANDITA POR ACCIONES" como deudora insolvente.

Lo actuado vino a esta Corporación para revisar la sentencia debido a que contra la que profirió el Juez Catorce Civil del Circuito apelaron el SINDICO y varios ACREEDORES.

Para ello, estudiaremos todos los puntos discutibles en varios CAPITULOS, así:

JURISDICCION Y COMPETENCIA

El Juez de instancia planteó desde un principio el problema relativo a las atribuciones de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES y de la SUPERINTENDENCIA BANCARIA conforme a los arts. 1928 y siguientes del C. de Comercio, lo mismo que, conforme a otras normas de la misma codificación.

Empero, como aquellas entidades declinaron toda ingerencia en el asunto y lo devolvieron al Juez por considerarlo con jurisdicción y competencia, este funcionario, para evitar males peores, resolvió asumir el conocimiento y declaró la quiebra.

Esta Sala omite el estudio teórico del tema, pues aunque se llegase a la conclusión de que la

cuestión si correspondía a la SUPERINTENDENCIA, el caso concreto aquí agitado lo debe continuar ventilando la jurisdicción, pues resolver algo distinto a estas alturas del trámite, no beneficiaría de ningún modo el orden público que busca la ley en la distribución de las funciones, y al contrario, lo perturbaría gravemente por el inmenso público ahorrador vinculado al proceso.

II TRAMITE DE LOS CREDITOS

La forma como el Código de Comercio reglamenta el trámite que ha de darse a la solicitud presentada por los acreedores para que se les admita sus acreencias resulta deficientísima.

En efecto, ningún artículo dentro del título de la quiebra ordena que el Juez tome una decisión provisional sobre los créditos que se presenten, y así, es costumbre incorporar al expediente la documentación que aduce cada interesado con la solicitud y una simple constancia que el secretario anota al pie de ella indicando la fecha y al persona que la ha presentado.

De esta manera, sólo en la sentencia viene el pronunciamiento sobre todas las demandas, que tiene las características de ser el primero y el definitivo.

Sin embargo, demostraremos que, si bien, el Código no señaló un

pronunciamiento provisional, ello implica un lamentable vacío que debe llenarse, y veremos la forma de hacerlo.

Las normas del Código para el asunto, son éstas:

a) El art. 1948 dispone que luego de notificada la providencia donde se declara la quiebra, "el proceso se abre a pruebas por treinta días".

b) El art. 1973 indica el término dentro del cual deberán hacerse parte los acreedores que carezcan de garantía real, y es hasta el vencimiento del término probatorio señalado antes.

c) Dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término probatorio, los "acreedores designarán, por el sistema del cuociente electoral, una junta asesora de cinco miembros." (art. 1955).

d) Por fin, ejecutoriado el auto que fija la fecha de cesación de pagos, y vencido el término probatorio de todas las acciones, término que es distinto del anterior, viene la sentencia donde se decide "definitivamente sobre los créditos que se hayan presentado oportunamente...".

Para demostrar que sí se necesita un pronunciamiento previo sobre las acreencias, razonamos de esta manera:

a) Es necesario que el SINDICO, el QUEBRADO y los ACREEDORES conozcan los créditos cuyo reconocimiento se solicita, para que los acepten si son legítimos, o en caso contrario los IMPUGNEN. Pero, como podrán impugnarlos cuando no se les ha dado a conocer?

Se argüira que por el sólo hecho de haberse incorporado al expediente, deben los interesados conocerlos, pues tienen la carga procesal de vigilar el proceso. A ello respondemos que la ley no presume conocido sino las providencias legalmente notificadas, las pruebas que se han practicado luego de ser decretadas en auto igualmente notificado, y en general, todo aquello de que se ha dado traslado a las partes por disposición legal.

Fuera de ello, todo es ineficaz e inoponible a los interesados.

b) El art. 1977 dispone que en la sentencia el juez resolverá "definitivamente sobre los créditos que se hayan presentado...". La palabra "**definitivamente**" que utiliza la norma está indicando sin duda que antes debió existir una **decisión provisional**.

c) El art. 1955 dispone que "dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término probatorio, los acreedores designarán, por el sistema de cuociente electoral, una junta asesora de cinco miembros...".

Pero, cuáles acreedores podrán votar y cuántos votos podrá emitir cada uno? Es necesario admitir que antes de ello se necesita la providencia donde se señalen los créditos que se admiten y su cuantía, pues de lo contrario, todo el que se presentase como presunto acreedor, con razón o sin ella, tendría derecho a votar en proporción al crédito simplemente afirmado por él.

d) El art. 1986 autoriza el concordato "dentro del proceso" y expresa que con tal fin "el síndico, el quebrado o cualquier número de acreedores que represente el cincuenta por ciento o más de los créditos reconocidos, podrá pedir al juez que convoque a reuniones generales..." (subraya fuera del texto).

Cuando habla de "**créditos reconocidos**" la norma está presumiendo que hubo ya una decisión provisional sobre ellos. Y es que ese concordato puede celebrarse en cualquier tiempo luego de vencido el término que tienen los acreedores para hacerse parte.

e) El art. 1989 señala que las decisiones en el concordato de tomarán "con el consentimiento del deudor y el voto favorable de **acreedores aceptados** que representen no menos del ochenta por ciento del valor de los **créditos reconocidos**".

Se han subrayado las expresiones para indicar precisamente que la

norma supone ya existente una providencia donde se hayan **aceptado** los acreedores y se hayan **reconocido** los créditos en cuanto ello sea aceptable y reconocible.

f) El art. 1990 manda homologar el concordato siempre que reúna las condiciones, entre ellas, que "no implique exclusión de algún **acreedor reconocido...**"

Puntualiza, pues, ese artículo, que ya debió existir un pronunciamiento sobre los créditos que han de admitirse.

Conclusión. De todas las normas comentadas y de los argumentos expuestos ya sin vacilaciones podemos concluir que en el TÍTULO de las quiebras el Código dejó un vacío, y es necesario llenarlo de la manera como lo dispone la Ley 153 de 1887 en su art. 8o., es decir, aplicando "leyes que regulen caos o materias semejantes...".

Así tenemos que el art. 1919, para el concordato preventivo potestativo, dispone:

"Vencido el término de que disponen los acreedores para hacerse parte, el expediente se mantendrá por cinco días en la secretaría, durante los cuales cualquier interesado podrá objetar los créditos presentados.

"Surtido ese traslado y dentro de los diez días que preceden a la

iniciación de las deliberaciones, el juez decidirá por auto sobre los créditos admisibles, con especificación de su naturaleza, estado, cuantía y prelación, para la aplicación de las reglas que se indican en los artículos siguientes." Ahora bien, dentro de la quiebra se presenta una etapa exactamente igual a la contemplada en el artículo transcrito, y es a la que se refiere al art. 1955, pues aquí también se ha vencido el término probatorio, hasta ese vencimiento los acreedores pueden hacerse parte, (art. 1973), y la decisión es necesaria precisamente al vencerse tal período "para la aplicación de las reglas que se indican en los artículos siguientes", que son el nombramiento de los que han de integrar la junta asesora y la posible perfección del concordato dentro de la quiebra.

Entonces, una vez vencido el término probatorio, debe darse a los créditos el tratamiento indicado en el art. 1919, que es manteniendo el expediente por cinco días en la secretaría con el traslado correspondiente, y luego de él vendrá la decisión sobre los créditos en la forma dispuesta por el artículo.

El caso ventilado. Aquí el Juez de la primera instancia omitió el pronunciamiento previo, y el secretario incorporó la documentación luego de fijar al pie de cada solicitud la simple constancia de presentación.

Empero, esa irregularidad resultó sin trascendencia, pues vino el fallo definitivo donde el a quo resolvió sobre los créditos admisibles y ninguno de los interesados reclamó por haberse omitido la **decisión** provisional. Entonces, la irregularidad ha de considerarse ya saneada.

III ACCION REVOCATORIA

En la quiebra fue ejercitada la acción revocatoria contra algunos actos que cumplió la sociedad FINANCIERA FURATENA.

Para entender si ese remedio es viable en el presente caso y sus consecuencias, es necesario puntualizar previamente los aspectos jurídicos de la ACCION REVOCATORIA en la forma como los entiende esta Sala y así veremos la naturaleza, sus requisitos, el fundamento de ella y sus efectos.

1- Naturaleza. Mucho se ha discutido sobre lo que es realmente la ACCION REVOCATORIA, llamada también PAULINA.

Ha de advertirse primeramente, que no podemos recibir una orientación firme de lo que opinan los tratadistas extranjeros, pues aunque pueden tener ellos razón, dado el sistema legislativo de sus respectivos países aquellos conceptos pueden resultar inaplicables conforme a la ley colombiana.

En efecto, algunas legislaciones,

como la mejicana, tratan de ineficaces los actos por el sólo hecho de haberse declarado la quiebra, y por ende no se necesita revocarlos.

Otras, como la francesa y la italiana, consagran para algunos actos la ineficacia de pleno derecho, y para otros exigen la revocación.

El Código de Comercio nuestro, en su art. 1965, supone, en cambio, que todos los actos cumplidos por el deudor, anteriores a la declaratoria de la quiebra, son válidos, producen plenos efectos entre las partes y frente a los terceros relativos, y por ende, necesitan la revocación si se quieren recortar los efectos frente a los acreedores.

Hemos de aceptar que la acción es distinta de la NULIDAD, ya que éste remedio ataca el acto en su existencia y lo aniquila en todos sus efectos.

Generalmente se afirma que la ACCION REVOCATORIA es la INOPONIBILIDAD, pues el acto subsiste pero le quitan sus efectos frente a los acreedores.

Empero, tampoco puede aceptarse aquella opinión debido a que los actos que se atacan mediante la ACCION REVOCATORIA son válidos e inicialmente producen todos sus efectos entre las partes y frente a los acreedores que son terceros rela-

tivos. Por ello se necesita LA REVOCACION de esos efectos, es decir, el aniquilamiento, y como consecuencia viene la INOPONIBILIDAD pues ésta consiste en que los efectos de un acto no cuentan respecto de determinada persona.

Entonces, la INOPONIBILIDAD es consecuencia de la ACCION REVOCATORIA, y por ello no puede decirse que de aquella índole sea ésta. De la misma manera que no puede decirse que la ACCION RESOLUTORIA POR INCUMPLIMIENTO sea de INEXISTENCIA, pues la inexistencia viene como consecuencia de la ACCION RESOLUTORIA.

La acción de INOPONIBILIDAD es meramente declarativa, y supone que el acto nació trunco respecto del que pretende la declaración de inoponibilidad. La ACCION REVOCATORIA, en cambio, tiene como supuesto el de que ese acto es válido, está produciendo todos sus efectos, pero quien la instaura pretende que SE REVOQUEN ESOS EFECTOS frente a él y puede valerse consecuencialmente de la INOPONIBILIDAD.

Entonces, la sentencia por medio de la cual SE REVOCAN parcialmente los efectos no es meramente declarativa, sino verdaderamente CONSTITUTIVA, pues crea una nueva situación que antes no existía, ya que, como se ha dicho, inicialmente sí com-

prendía el acto a los acreedores, pero luego de la revocación, viene la INOPONIBILIDAD a éstos.

Y si la sentencia es CONSTITUTIVA, sólo produce efectos para lo futuro, ya que la retroactividad no está consagrada para este caso por ninguna ley.

Esto se debe tener muy presente, por la trascendencia en cuanto a la regulación de los frutos y las mejoras.

RESCINDIR y REVOCAR significan una misma cosa para lo que se viene estudiando, pues uno y otro término quiere decir ATAQUE a los efectos, pero no a la validez ni existencia del acto. Por ello, cuando el C. Civil en su art. 2491 habla de que "los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos", y cuando el C. de Comercio en su art. 1965 dice que "podrá impetrarse la revocación de las siguientes operaciones del quebrado", no están esos cuerpos legales incurriendo en inexactitudes en cuanto al uso de las expresiones RESCINDIR y REVOCAR, ni uno resulta más preciso que el otro.

Es que el término rescisión aquí de ningún modo tiene los alcances que de manera explícita le da para otro caso el art. 1740 del mismo Código, sino solamente los que atribuye su significación castiza, que es de "DEJAR SIN

EFFECTOS UN CONTRATO, OBLIGACION, ETC.", sentido que es el mismo atribuido por nuestro idioma al término REVOCAR.

Sin embargo, la inexactitud viene cuando el Código Civil habla de RESCINDIR LOS CONTRATOS y el Código de Comercio autoriza para REVOCAR LAS OPERACIONES.

En verdad, como dijimos ya, no es todo el contrato lo que SE RESCINDE, ni es toda la operación la que SE REVOCA, sino que solamente se RESCINDÉN o REVOCAN LOS EFECTOS en cuanto venían produciéndose respecto de los acreedores.

En conclusión, pues, de ninguna manera puede decirse que la ACCION REVOCATORIA sea de NULIDAD ni de INOPONIBILIDAD, sino, que simplemente hay que llamarla, como hace el Código de Comercio, ACCION REVOCATORIA, pero aclarando lo dispuesto en esas normas en el sentido de que no se RESCINDE ni REVOCA el contrato, sino parte de sus efectos o sea los que se estaban produciendo frente a los acreedores. Entre las partes conserva su plena subsistencia.

2- Requisitos. Hemos de advertir que aquí nos interesa referirnos únicamente a los contratos onerosos y los requisitos de la acción intentada contra el terce-

ro que ha contratado directamente con el deudor.

El art. 2491 del C. Civil consagra la ACCION REVOCATORIA CIVIL, y exige: a) que el contrato sea oneroso, b) que haya perjuicio a los acreedores, el cual viene cuando con el acto se produce la insolvencia del deudor o se agrava ésta, y c) que tanto el deudor como el tercero estén de mala fe, lo cual veremos luego en qué consiste.

Se ve, pues, que para la acción pauliana se exigen muchos presupuestos, casi siempre de difícil prueba, debido a lo cual muy raramente la instauran los acreedores.

Por ello nació la ACCION REVOCATORIA CONCURSAL en el período estatutario de las ciudades italianas del medio evo, como lo dicen algunos tratadistas, la cual es menos exigente y más viable que la REVOCATORIA CIVIL. Esto lo debemos tener muy presente, a fin de no inventar presupuestos que el art. 1965 no quiso traer.

Veamos, pues, lo que debe cumplirse conforme al Código de Comercio, en la norma citada.

a) Se requiere, primeramente, que se haya declarado la quiebra.

b) El art. 1965 principia exigiendo un requisito general para la instauración del remedio revoca-

torio y es el de que, según la apariencia razonable, no sean suficientes los bienes de la masa para cubrir el total de los créditos reconocidos.

De esa norma podemos, pues, inferir un argumento más para sostener que sí se necesita una decisión provisional sobre los créditos admisibles, para saber si los bienes resultan o no suficientes para cubrir todos los admitidos, y sólo en caso de no serlo, podrá instaurarse la ACCION REVOCATORIA.

Luego de señalar esa norma los presupuestos generales indispensables para la REVOCACION de cualquier acto, distribuye cada especie de actos en once numerales, puntualizando en cada numeral todos los requisitos adicionales que se necesitan conforme a cada especie.

c) Pero mirando cuidadosamente los once numerales dichos, concluimos que todos los actos REVOCABLES han debido celebrarse dentro del PERIODO SOSPECHOSO, es decir, dentro de la CESACION DE PAGOS que ha señalado el juez, pero que el propio artículo en algunos casos extiende hasta algunos meses o años más atrás.

En cuanto a la mala fe, no es requerida por ninguno de los once numerales previstos en el art. 1965.

Pero conviene advertir que el numeral 9o. sí exige conocimiento del mal estado de los negocios del deudor; en los casos del numeral 11, quien contrató con el quebrado se libera de los ataques probando su buena fe exenta de culpa.

Para los demás casos no interesa el conocimiento del mal estado financiero del deudor, y así, aunque el tercero hubiese ignorando la insolvencia de aquél, sin embargo, procede la acción revocatoria.

3- Dolo y mala fe. En el tema debatido no se necesitará un concepto claro de aquellas dos figuras para entender los once numerales del art. 1965, si solamente para ello tuvieran importancia. Pero, como según el art. 1967, sólo el vencido en la ACCION REVOCATORIA que haya contratado DE BUENA FE tiene derecho para concurrir al prorrateo con los demás acreedores, es necesario puntualizar muy claramente el sentido que debemos darle a estas expresiones: dolo, mala fe, buena fe simple, buena fe calificada, fraude paulino y fraude concursal. Ello, debido a que se ha querido extender el art. 2491 del C. Civil más allá de sus límites, para negar al vencido en la acción revocatoria su derecho a participar en la ley del dividendo, sin que se le haya demostrado su mala fe.

Así, veamos:

A) Dolo. Bien difícil es la definición de ese término, debido a que sus elementos no son los mismos en todos los casos, y así tenemos:

El Código Civil en su art. 63 lo define como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro"

"Injuria" en este caso indiscutiblemente significa **daño injusto**, porque sí se causa daño con justicia, tal cosa no puede constituir injuria.

"Intención", para el diccionario de la academia, es "determinación de la voluntad en orden a un fin".

Si nos atenemos, pues, al tenor literal de la norma transcrita, debemos concluir que para el dolo ella exige **propósito de causar daño injusto**, de manera que ese perjuicio constituya uno de los móviles buscados por el autor del dolo.

Empero, más adelante veremos cual debe ser la correcta interpretación del art. 63.

Algunos tratadistas, afortunadamente muy pocos, han sostenido que se necesita **querer el daño**, es decir, **propósito de causarlo**.

Empero, autores de renombre universal, como GIULIANI, CARRARA y ROMAGNOSI, opinan

que "el dolo del delincuente al cometer la acción criminal, no consiste en la **intención de violar la ley, sino en la conciencia de violarla**. Una cosa es la conciencia de dañar, elemento esencial, y otra, la intención de dañar, simple circunstancia agravante y no requisito del dolo." (GIORGI, TEORIA DE LAS OBLIGACIONES, Tomo II, No. 35).

Y si ello no es elemento necesario del **dolo criminal**, concluimos que menos puede serlo del **dolo civil**.

Desde luego, en algunos delitos resulta elemento esencial un propósito manifiesto de causar daño. Vr. gr., en el asesinato y el homicidio doloso, lo mismo que en las lesiones dolosas, el propósito de causar el daño inexcusable para que la figura delictual se estructure.

Aquí podríamos hablar de un **dolo calificado**.

Pero en otros delitos, como son, vr. gr. todos los que atendan contra la propiedad, **el perjuicio como fin determinante** casi nunca existe. Allí, generalmente, sólo se busca la ventaja personal, pero **existe la conciencia del perjuicio a la víctima**, y sin embargo se quiere la conducta ilícita. Podríamos hablar aquí de un **dolo simple**.

Pero advertimos que la distinción entre dolo simple y calificado

tiene mero valor académico en derecho civil, pues allí ambos tienen las mismas consecuencias. En penal el dolo calificado sí puede constituir una circunstancia de agravación.

Dicho lo anterior, veamos la noción del art. 63. Al definir el dolo como "la intención positiva de causar injuria", parece requerir el propósito de perjudicar. Empero, don Andrés Bello, muy docto en derecho y folología, no pudo haber exigido tal cosa, y así podemos darle otra explicación, es a saber:

Se quiere la conducta por el provecho personal que habrá de traer, pero se conoce el daño injusto que a la víctima causará.

De esa manera se quiere la conducta a pesar del perjuicio, y así, este perjuicio no es querido directamente como fin último, pero sí **de manera indirecta**, como un medio insalvable para conseguir la ventaja **directamente querida**.

Sentado lo anterior, podemos, por nuestra cuenta decir que EL DOLO CONSISTE EN QUERER DETERMINADA CONDUCTA CONOCIENDO EL DAÑO INJUSTO QUE ELLA CAUSARA.

Esa sería la noción de **dolo genérico**, es decir, concepto aplicable a toda clase de dolo, sea en penal o en civil, y dentro de éste, el que se opone en la formación de los contratos para inducir en

error, o el que se da en la ejecución de los mismos, para no cumplir o cumplirlos mal. Se aplica también a la mala fe requerida en la acción paulina, y a la que se exige en materia de quiebras para determinados efectos de la acción revocatoria, todo lo cual hemos de verlo más abajo.

B) Fraude paulino y fraude concursal. Es opinión generalmente admitida la de que en Roma para la acción pauliana se requerirá la **conciencia del daño injusto** causado a los acreedores con el acto para que pudiera intentarse la revocación.

Así también algunas legislaciones de modo expreso exigen esa **conciencia**, y entre ellas podemos traer como ejemplo el Código Civil Italiano en su art. 2901.

También la generalidad de los doctrinantes apuntan la exigencia de ese requisito, de forma que si el tercero que contrató con el deudor ignoraba ese perjuicio, y más bien concebía el acto como beneficioso para los acreedores, ese tercero queda libre de los ataques.

Vr. gr., si celebra una compraventa con el deudor en la creencia de que el precio será destinado a otras operaciones lucrativas, pero la intención del deudor era dilapidar el dinero recibido, es claro que la compra-venta perjudica a los acreedores, pero el perjuicio no era conocido por el compra-

dor, dado que ignoraba el móvil del vendedor, que era malgastar el precio.

Las cosas así concebidas guardan lógica, puesto que si se desconoce el daño que causará el acto, falta el elemento esencial de la mala fe, aunque conozca el estado de insolvencia.

Empero, nuestro Código Civil en su art. 2.491 consagra la acción revocatoria contra los contratos onerosos que perjudiquen a los acreedores "siendo de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo el mal estado de los negocios del primero."

Es decir, de manera explícita considera ser de mala fe el contrato celebrado si el tercero conocía la insolvencia del deudor.

Con todo, esa norma de ningún modo puede interpretarse como si estuviese definiendo la mala fe, pues ello significaría nada menos que convertir en **ilícito el acto celebrado con el insolvente** por el sólo hecho de la insolvencia, así se entendiese de buena fe ser provechoso para el patrimonio del deudor, y por ende, para la prenda de los acreedores.

La interpretación correcta del art. 2491 debe ser la de que, siendo imposible o muy difícil probar que el tercero tenía conciencia del daño injusto, para que la acción paulina tenga efectos prácticos, esa norma quiso consa-

grar una presunción de mala fe fundada en el **sólo conocimiento de la insolvencia**, de modo que, quien contrata con el deudor sabiendo su insolvencia, se presume que ha conocido el daño injusto causado al acreedor, y si no lo ha conocido, a lo menos procedió fundado en la **negligencia inexcusable**, que para lo civil vale tanto como la mala fe (art. 63).

Ahora bien, viniendo al **fraude concursal**, es decir, al requerido en la acción revocatoria dentro del concurso o de la quiebra, ya dijimos que como regla general no se necesita para que la acción prospere.

Más aún, tampoco se necesita conocimiento de la insolvencia, sino que basta el deudor **estar en ella y causar perjuicio el acto**, para que pueda intentarse su revocación aunque el tercero ignore ambas cosas. Esto cuando se trata de los casos previstos en los ocho primeros numerales.

Empero, el numeral 9o. sí requiere conocimiento del mal estado de los negocios para los casos allí legislados.

En el caso del numeral 11., el tercero se libera de los ataques probando que obró de buena fe exenta de culpa, es decir a pesar de la insolvencia y del perjuicio, si el tercero desconocía esos dos extremos al momento de celebrar el acto, y a **pesar de toda diligencia** no pudo vencer la ignorancia,

la acción revocatoria es improcedente.

Con todo, la mala fe no es indiferente y sin consecuencia para los demás casos en la revocatoria concursal, sino de mucha trascendencia, puesto que si ese vicio ha existido, el tercero pierde el derecho de concurrir al prorrato con los demás acreedores (art. 1967).

Ahora bien, se pregunta si para este caso vale todo lo dispuesto en el art. 2491 del C. Civil, esto es, que se considera de mala fe al que contrató conociendo el mal estado de los negocios del deudor. Si allí se estuviese definiendo la mala fe, obviamente debería aplicarse para la sanción del Código de Comercio en su art. 1967, pues ello implicaría un sentido que la ley habría dado para una materia semejante.

Sin embargo, ya vimos que allí en verdad no se está definiendo la mala fe, sino que se está consagrando una presunción **juris et de jure**, de la cual se infiere que el tercero, por conocer la insolvencia y así contratar, se entiende que conocía el perjuicio injusto, y si no lo conocía, procedió movido por **negligencia inexcusable**.

No obstante, esa presunción vale para la revocación del acto, pues para esa sanción fue consagrada en el art. 2491, pero no para la sanción adicional que el Código

de Comercio consagra en su art. 1967, donde priva al tercero del derecho de concurrir a la quiebra en procura de su prestación que dio, la cual se ha quedado sin causa.

Para esa sanción debe seguirse el principio general consagrado en el art. 835 del C. de Comercio, donde se dispone que se presume la buena fe, aún la exenta de culpa, pues, como se ha dicho, el art. 2491 de ningún modo quiso darle a la presunción allí consagrada un alcance distinto que el de servir para la mera revocación del acto.

De ahí que, si el síndico pretende atajar que el tercero concorra al prorrato en la quiebra, debe probarle su mala fe, y ella no consiste en el mero conocimiento de la insolvencia, sino en la **conciencia del daño injusto**. El conocimiento de la insolvencia, repetimos, únicamente sirve para inferir la conciencia de ese daño injusto cuando se trata de revocar el acto. Para esa sanción el art. 2491 consideró de mala fe al tercero que contrata conociendo la insolvencia del deudor.

Pero cuando se trata de consecuencias más graves, la regla no puede aplicarse a ella, debido a que el legislador no las tuvo en cuenta para derogar el principio de que el dolo debe probarse porque se presume la buena fe, aún la exenta de culpa.

Es decir, para efectos de la revocación, basta conocer el mal estado de los negocios del deudor. No así para el tercero perder su derecho al reembolso pues para este efecto la mala fe exige la conciencia del daño injusto, y no se presume, sino que debe probarse.

Como último argumento digamos que si el art. 1967 del C. de Comercio hubiera querido sancionar al tercero privándolo de concurrir a la quiebra por el sólo hecho de conocer la insolvencia del deudor, así lo hubiese dicho, como lo hace en el numeral 9o. del art. 1965. Pero no, en el art. 1967 de manera explícita exige la presencia de la mala fe.

4- Fundamento de la revocatoria concursal. El art. 2488 del C. Civil hace del patrimonio del deudor **una garantía** para el pago de todas sus deudas. En sentido metafórico se ha dicho que allí se consagra un derecho general de prenda en favor de los acreedores.

No hay norma explícita que imponga al deudor el deber de conservar esa prenda, es decir, el de mantener suficientes bienes para responder del pasivo. Empero, al mirar las medidas auxiliares que el propio C. Civil y de Comercio dan a los acreedores para que esa prenda general se conserve o se recupere, inferimos que indiscutiblemente sí está de manera in-

directa consagrando nuestra ley **ese deber**, y que su incumplimiento da margen a las medidas auxiliares dichas.

El art. 669 del C. Civil consagra la legitimación sustantiva a favor del titular del patrimonio, pues lo faculta para administrar y disponer libremente de sus bienes, pero **esa facultad viene restringida** por el derecho general de prenda, y así, cuando se ha producido la **quiebra económica o de hecho**, el deudor no puede ya cumplir actos de administración o de disposición que produzcan o agraven esa quiebra, porque lesiona el derecho de los acreedores consagrado en el art. 2488.

En algunas épocas, determinadas legislaciones han hecho principiar el **desapoderamiento** desde el día en que se inició la cesación de pagos, y así, los actos cumplidos por el deudor en esa época, serían ineficaces pues había perdido la legitimación sustancial para cumplirlos.

Pero la mayoría de los códigos modernos, y muy concretamente los nuestros, desapoderan al deudor sólo a partir de la declaración judicial de quiebra, de forma que durante el **período sospechoso** conserva su legitimación, pero **restringida**, como lo hemos dicho, ya que no puede cumplir actos que agravan o produzcan insolvencia, y si lo hace, a esos actos debe aplicárseles una sanción penal.

Pero cuál será esa sanción? Hay allí dos intereses en pugna: el de los acreedores, cuya satisfacción exigiría el aniquilamiento total del acto. Y el de la seguridad jurídica en el tráfico, interés que se satisfaría dando valor completo a la operación.

Empero, el derecho objetivo sigue un camino intermedio para conciliar dos intereses, y así, no aniquila totalmente la operación, pero tampoco le conserva sus plenos efectos, ya que permite **revocar éstos** para que dejen de producirse frente a los acreedores.

Si aceptamos la filosofía planteada, entenderemos los alcances de la revocación, que deben extenderse únicamente hasta donde se necesiten para reintegrar la prenda, disminuida con el acto.

Entenderemos, también por qué la ACCION REVOCATORIA no está en el patrimonio del deudor, ni a éste beneficia, sino en el patrimonio de los acreedores, pues en el patrimonio de ellos está el derecho general de prenda, y la medida revocatoria es un auxilio de él.

Pero, cómo hacer víctima de la REVOCACION al tercero que contrató con el deudor, y aun al subadquiriente? Si conocía o debía conocer el perjuicio a los acreedores, actuó de mala fe y por ende se le considera cómplice en la **violación del deber** que tenía el deudor con respecto a la

garantía en favor de los acreedores.

Si no la conocía y procede la acción revocatoria en algunos casos, conforme al Código de Comercio, es porque se ha presentado otra pugna entre dos intereses: el interés del tercero contratante que impondría la validez. La ley comercial da preponderancia al interés del acreedor, porque su derecho de prenda fue primero que el del tercero víctima de la acción.

Los pagos de deudas y daciones en pago cumplidas en determinadas circunstancias se pueden revocar igualmente, unas veces, porque con ello se ha violado el principio de la PAR CONDITIO CREDITORUM, que es finalidad esencial en el proceso de quiebra. Otros, porque a más de violar ese principio, se presume al tercero de mala fe.

5- Efectos. Dijimos ya en el numeral 1o. de este capítulo que el fallo estimatorio de la ACCION es verdaderamente **constitutivo**, pues crea una nueva situación, cual es la de **aniquilar los efectos del acto frente a los acreedores**, ya que antes venían produciéndose.

Entonces, el primer efecto del fallo es **crear la inoponibilidad** frente a esos terceros relativos, ya que podrán considerar el bien como si estuviera en el patrimonio del deudor para el solo

fin de hacer efectivos sus créditos.

El segundo efecto es lo relativo a la restitución a cargo del vencido. El tercero habla de los frutos y mejoras, y el cuarto se refiere al reembolso concedido a la víctima de la revocación. A cada uno de esos efectos le concederemos numeral aparte, dada su importancia.

6- De la restitución. El C. de Comercio en su art. 1.967 impone al vencido la obligación de "restituir a la masa de la quiebra las cosas que le fueron enajenadas...".

Por ello algunos han dicho que LA ACCION REVOCATORIA es de naturaleza RESTITUTORIA. Pero no estamos de acuerdo, pues la propia obligación de restituir es consecuencial de la REVOCACION.

Ahora bien, hay que precisar los alcances de la restitución. Ella no viene como consecuencia de una acción reivindicatoria acumulada, porque la reivindicación supone que el demandante es dueño. Empero, aquí el deudor no es dueño, sino que lo es y continúa siéndolo el tercero aún después de la REVOCACION. Ello, porque como se ha dicho, la única consecuencia de la revocación es la inoponibilidad frente a los acreedores, es decir, que los demás efectos del acto subsisten

y por ende, ese tercero continúa siendo dueño erga omnes, excepto frente a los acreedores.

Aquí tenemos el caso de una **ficción**, puesto que, si bien, el tercero continúa siendo dueño, se le trata frente a los acreedores como sino lo fuera, para efectos de poder extender la prenda general a esos bienes.

Entonces, la restitución a que se refiere el art. 1.967 sólo consiste en que, sin dejar de ser dueño el tercero, ponga el bien a disposición de los acreedores para que sobre él hagan valer el derecho de prenda.

Es, pues, una restitución especialísima, con características muy propias.

7- Mejoras. El art. 1967 se refiere al supuesto de que el vencido no pueda restituir el bien, caso en el cual deberá entregar su valor en la fecha de la sentencia "deducidas las mejoras útiles plantadas por el poseedor de buena fe."

Es obvio que, según el principio general consagrado en la accesión, el dueño de una cosa también lo es de lo que a ella se junta. De ahí que, si por la revocación al tercero se le trata como si no fuera dueño, debe restituir igualmente con las mejoras para que sirvan a la prenda general unidas al bien de que forma parte.

Sin embargo, el fin de la acción de ninguna manera es aumentar el patrimonio injustamente a costa del tercero, sino reconstruirlo, y así, cuando el vencido ha de pagar en dinero el precio del bien por no tenerlo en su poder, se deduce el valor de dichas mejoras cuando ha estado en buena fe.

Pero, qué ocurre si tiene el bien para restituirlo y ha mejorado éste de buena fe? Debe concurrir a la masa, no sólo por lo que había dado, sino por el valor de esas mejoras.

8- Frutos. Ni la revocatoria pauliana ni la concursal reglamentan lo relativo a este rubro. GIORGI opina que el tercero debe restituir el bien "*cum omni causa*", que es tanto como decir, con los aumentos, con frutos percibidos y a percibir desde el día de la adquisición, salvo de derecho a pretender el reembolso de los gastos necesarios." (Teoría de las Obligaciones, Tomo II, No. 335, pág. 382). Agrega que "todas estas son reglas de derecho romano admitidas sin contradicción por la doctrina y por la jurisprudencia moderna". Sin embargo, los juristas romanos anduvieron discordes, como puede verse en la nota del propio autor al pie de la pág. 383.

Sin discutir lo que haya existido en el Derecho Romano y lo que haya podido consagrar la tradición, anotamos que para nuestro sistema legal, pertenecen todos

los frutos al tercero hasta cuando se ejecutorie la sentencia estimatoria de la revocación, y así veamos.

Las cosas fructifican para su dueño, según el principio consagrado en los artículos 716 y 718 del C. Civil, "sin perjuicio de los derechos constituidos por las leyes, o por un hecho del hombre, al poseedor de buena fe, al usufructuario, al arrendatario." (art. 716).

En la reivindicación, el poseedor vencido se hace dueño de los frutos hasta la contestación de la demanda, si estaba de buena fe.

Cuando se anula un contrato, el vencido ha de restituir los frutos cuando actuó de mala fe (art. 1746).

Pronunciada la resolución de la compra-venta por no pago del precio, el comprador debe restituir los frutos (art. 1932).

Los tres casos contemplados anteriormente son excepciones al principio enunciado en los arts. 716 y 718 de que las cosas fructifican para su dueño.

En el caso de la acción revocatoria, ya vimos que el tercero es dueño aún frente a los acreedores hasta cuando se pronuncie la sentencia, y sólo, una vez ejecutoriada ésta, al demandado se le principia a tratar como si no fuera dueño frente a ellos. Por tal

causa, el vencido es dueño de los frutos percibidos hasta el momento de esa ejecutoria, y nada tiene que restituir de ellos, aún considerándolo de mala fe, —pues la ley en este caso no consagró la excepción al principio del art. 716.

9- Reembolso de lo pagado. En tratándose de la ACCION REVOCATORIA CIVIL O PAULIANA, se ha discutido si el tercero que restituye tendrá derecho a que el deudor le reembolse lo que le había pagado.

Hemos de anotar que el acreedor debe primeramente satisfacer su crédito, pues la REVOCATORIA CIVIL aprovecha únicamente a quien la ha intentado. Entonces, el tercero no podría concurrir con ese acreedor sobre el precio del bien que ha restituido.

Pero, podrá intentar contra el deudor ese reembolso, luego de satisfecho el acreedor? Se ha dicho que sí, pues con su propio bien se ha pagado una deuda ajena.

En tratándose de la ACCION REVOCATORIA CONCURSAL, tenemos el art. 1967 del C. de Comercio que autoriza al contratante de buena fe para participar en la quiebra a prorrata con los demás acreedores. Y ya hemos dicho que para este efecto su buena fe se presume, y sólo cuando se le demuestre el dolo se le puede negar la participación.

IV ACCION REVOCATORIA DENTRO DE LA QUIEBRA

El síndico instauró acción revocatoria contra la entidad FINANCIERA FURATENA COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A.. Para fundamentar sus pretensiones, propuso la causa petendi en quince numerales, pero esta Sala deberá exponerlos continuando la misma enumeración para mayor claridad, haciéndolo, eso sí, de manera muy resumida y sintética.

PRIMERO: Este hecho se refiere a la constitución y existencia de la sociedad CORREA ACEVEDO Y CIA. S.C.A.

SEGUNDO: La sociedad antes dicha fue declarada en quiebra, y la providencia fue inscrita en la Cámara de Comercio.

TERCERO: La sociedad FINANCIERA FURATENA COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A., fue constituida por escritura pública y autorizada para ejercer su objeto social.

CUARTO: La Superintendencia Bancaria tomó posesión de los negocios, bienes y haberes de FINANCIERA FURATENA, y para ello dictó la resolución No. 3095 de junio 17 de 1982.

QUINTO: La misma Superintendencia había practicado una visita a FINANCIERA FURATENA

lo cual se cumplió entre los días 9 de septiembre y 26 de octubre de 1981.

SEXTO: La visita fue cumplida por el funcionario ANGEL HERNANDEZ IBAÑEZ, y según el informe que dió éste al Superintendente Bancario, la sociedad visitada concedió prestamos por la suma de \$1.403.204.068, y esto, durante el lapso comprendido entre el 1o. de enero de 1980 y el 31 de agosto de 1981. La sociedad CORREA ACEVEDO Y CIA. S.C.A., utilizó casi todos los prestamos, pues la suma recibida en mutuo ascendió a \$ 971.176.400.

SEPTIMO: aclaró el visitador que la anterior cifra se estableció con fundamento en los cheques girados por FINANCIERA FURATENA durante el período señalado antes, pero que ella difiere de la cifra reflejada en el balance cumplido el 31 de agosto de 1981, que es de \$ 1.104.234.638.00, debido a que a esa cartera se le hicieron abonos y cancelaciones por las sociedades mutuarías, especialmente por CORREA ACEVEDO, pero esos abonos no fueron analizados por la visita, debido al alto volumen y al escaso tiempo disponible.

OCTAVO: Como consecuencia del anterior informe, donde se puntualiza que esos préstamos fueron concedidos a nombre de deudores ficticios, la Superin-

tendencia Bancaria exigió al gerente de FINANCIERA FURATENA subsanar esa irregularidad, pues esos préstamos ingresaron a cuentas corrientes de sociedades del GRUPO COLOMBIA, ente las cuales tenemos a CORREA ACEVEDO Y CIA. S.C.A. La exigencia de la Superintendencia se concretó en el sentido de que recibiera de las compañías mutuarías bienes inmuebles como dación de pago

NOVENO: Consecuencialmente se impuso a CORREA ACEVEDO Y CIA. S.C.A. la obligación de otorgar en favor de FINANCIERA FURATENA pagarés por \$917.272.950.00 sin que existiera contraprestación bancaria, pues únicamente se buscó hacer renovación de obligaciones que existían a cargo de personas supuestas, originadas en operaciones aparentes que cubrían movimientos reales de dinero, "cuyos valores ingresaron a la cuenta corriente de CORREA ACEVEDO Y CIA. S.C.A., pero sin tener en cuenta los abonos y cancelaciones que ya esta sociedad había efectuado en nombre de aquellas terceras personas... Todos estos pagarés al parecer, fueron otorgados el día 16 de octubre de 1981, según dan cuenta las escrituras de dación en pago...".

DECIMO: Una vez otorgados los pagarés por la suma dicha y sin causa, el Superintendente Bancario impuso la cancelación de ellos "mediante la dación en pago con

los bienes inmuebles, la cual se perfeccionó mediante las siguientes escrituras:" A continuación se enuncian las escrituras No. 1478 de 16 de noviembre de 1981 de la Notaría Décima, 1522 del 26 de noviembre de 1981, la No. 1555 de 30 de noviembre de 1981, la No. 1556 de 30 de noviembre de 1981, la No. 1557 de 30 de noviembre de 1981, la No. 1625 de 10 de diciembre de 1981, la No. 1643 de 15 de diciembre de 1981, la No. 1652 de 16 de diciembre de 1981, otorgados todas en la Notaría Décima de Medellín. Allí se especifican los predios dados en pago, pero esta Sala omite repetir aquí las identificaciones, dado que, el Juez de instancia lo hizo muy claramente en su fallo, y así es preferible omitir aquí la machacona repetición.

DECIMO —PRIMERO: Las daciones en pago recogidas en las escrituras No. 1555, 1557 de 30 de noviembre de 1981 y las Nos. 1625 de diciembre de 1981 y 1652 de 16 de diciembre del mismo año "se hicieron para cancelar obligaciones de una tercera persona, como lo es la sociedad ELVIA ACEVEDO DE CORREA Y CIA. S. EN C.", lo cual da mayor fundamento a la revocación.

DECIMO—SEGUNDO: Las daciones en pago por un monto escriturario de \$917.272.950.00 "carecen absolutamente de causa por cuanto se aplicaron a la can-

celación de obligaciones por valor de \$178.180.284.27 que con anterioridad ya habían sido canceladas por la sociedad fallida a título de pago total o parcial...".

Los estatutos de la sociedad prohíben al gerente cumplir operaciones por valor superior a \$500.000.00 sin autorización de la junta directiva, y así las daciones en pago, lo mismo que el otorgamiento de los pagarés, adolecen de nulidad, pues al perfeccionar esas operaciones se violó el art. 30, literal e) de los referidos estatutos.

DECIMO—TERCERO: Existían vinculaciones de carácter administrativo, financiero y económico entre FINANCIERA FURATENA y la sociedad fallida, y debido a ello, es obvio que la primera conocía la situación jurídica y económica de CORREA ACEVEDO Y CIA. S.C.A. frente a sus acreedores, y así, los administradores de FINANCIERA FURATENA no pudieron obrar de buena fe exenta de culpa sino todo lo contrario.

DECIMO —CUARTO: Hasta la fecha de la demanda los bienes conocidos que integran la masa de la quiebra únicamente suman un valor de \$ 1.225.000.000.00, en tanto que los pasivos hasta la fecha de la demanda sumaban \$4,030,621,612,16.

Y aunque los socios gestores y comanditarios han ofrecido po-

ner a disposición un extenso inventario de bienes constituido por derechos y acciones en compañías de muy diversa naturaleza, no se dispone de elementos para saber el valor de ellos.

DECIMO—QUINTO: Las daciones en pago antes dichas fueron cumplidas dentro del término previsto en el numeral 11o. del art. 1965 del C. de Comercio para que la revocación prospere, esto es, dentro de los dos años anteriores al 23 de julio de 1982 fecha en la cual se inició la cesación de pagos.

PRETENSIONES

Con fundamento en los hechos ya sintetizados, el síndico solicita la revocación de los actos recogidos en las escrituras públicas antes enumeradas y las consiguientes enajenaciones de cada uno de los inmuebles descritos en aquellos instrumentos públicos.

Que consecucionalmente se ordene:

- a) La cancelación correspondiente de los registros hechos en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.
- b) La restitución inmediata de los mismos bienes a la masa de la quiebra.
- c) Que si FINANCIERA FURATENA no obró de buena fe

exenta de culpa, "se declare que la sociedad demandada perdió el derecho para ser reconocida como acreedora de la sociedad fallida."

Al traslado de la demanda, el representante de FINANCIERA FURATENA respondió cada uno de los cargos, y la forma como lo hizo lo veremos al exponer la parte motiva de este capítulo. Se opuso a las pretensiones, y subsidiariamente pidió se le admitiese la participación con los demás acreedores.

En su fallo, el Juez acogió la REVOCACION y consideró a la demandada como de mala fe, y consecucionalmente negó su derecho a la participación conforme a la ley del dividendo.

Recurrió la vencida, y ahora corresponde analizar el mérito de la providencia en esa parte.

CONSIDERACIONES:

1- Observaciones previas. La superintendencia Bancaria tomó posesión de los negocios, bienes y haberes de FINANCIERA FURATENA COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A. conforme a la resolución que ya fue citada. En este proceso ha venido actuando por mediación del representante designado.

El síndico de que quiebra fue autorizado por la JUNTA ASE—

SORA, pues era un requisito para la instauración del incidente.

Notificada la sociedad fallida, su representante FELIX CORREA MAYA nombró apoderado y se allanó a las pretensiones del SINDICO.

2- Ubicación legal del debate.

Conforme al C. de Comercio en su art. 1965 numeral 11, puede impetrarse la REVOCACION de "todo acto oneroso de disposición, limitación, gravamen o administración de sus bienes, celebrado dentro de los dos años anteriores a la fecha de cesación de pagos, cuando no aparezcan que el adquirente obró de buena fe exenta de culpa."

Dentro de los parámetros indicados en esa norma, fue ubicado el debate, y si se cumplen, lo veremos.

La cesación de pagos principió el 23 de julio de 1982, puesto que esa fue la fecha que señaló el juzgado a quo según auto proferido el 10 de noviembre de ese mismo año.

Ahora bien, las operaciones impugnadas principiaron a cumplirse el 16 de noviembre de 1981, luego por el aspecto de la época en que fueron celebradas, merecen la REVOCACION, ya que estamos dentro de los dos años que deja previstos en el numeral 11. Más adelante analizaremos los otros requisitos.

3- Dación en pago. El art. 1965 ya citado, en su numeral 3o., hace igualmente REVOCABLES "las daciones en pago por deudas vencidas efectuadas después de la fecha de cesación en los pagos, con objetos distintos de dinero o títulos-valores de contenido crediticio".

El defensor de FINANCIERA FURATENA ubica las operaciones impugnadas en ese numeral, y concluye que, si fueron cumplidas antes de la fecha señalada como aquella en que se inició la cesación de pagos, es impropio la REVOCACION.

Importa hacer una breve precisión de la figura.

Se ha discutido vivamente si la *datio in solutum* es compraventa, novación o modalidad del pago. La tesis que atribuye carácter de compraventa es muy poco aceptada por los autores. Mejor socorrida es la teoría que la matricula entre las novaciones, porque verdaderamente nace una obligación y otra se extingue; y si bien, la nueva deuda es pagada en el mismo instante de su nacimiento, es posible concebir una prioridad, a lo menos de naturaleza, muy suficiente para estructurar la novación.

El Dr. Eudoro González considera de esa naturaleza el fenómeno, y agrega: "... pero esa novación es tan instantánea que queda absorbida por la dación que se

hace en seguida para extinguir la deuda."

La opinión tiene a su favor el sufragio de Josserand, quien dice: "Es necesario renunciar a encontrarle una explicación simplista; dación en pago es una operación compleja que participa a la vez del pago y de la novación; las partes sustituyen a la obligación primitiva una obligación nueva, siendo entendido que ésta se ejecutará inmediatamente; en el fondo de toda dación en pago se descubre una novación tácita por cambio de objeto, seguida de la ejecución inmediata de la obligación."

Sin embargo, hay juristas de mucho valor en contra, y así, Manuel Somarriva le niega esa calidad sostenida por los franceses. Refuta el argumento en que se apoyan, o sea el art. 2407 de nuestro Código Civil, 2308 del Francés, donde se libera definitivamente al fiador aunque lo dado en pago sea evicto posteriormente. Han argüido los partidarios de la novación, que tal cosa es razonable precisamente porque la primitiva deuda se ha extinguido en forma definitiva. Pero el jurista chileno redarguye que la historia de las disposiciones deja ver cosa muy distinta; que al mirar las anotaciones hechas por Bello al proyecto del 53, puede concluirse el origen del artículo que fue la doctrina sustentada por Pothier, según la cual, no sería lógico ni equitativo hacer al fiador víctima

indefinitivamente de la negligencia del acreedor, al recibir una cosa por otra sin examinar los títulos (Veáse Derecho Civil de Alessandri y Somarriva, Tomo III).

Concluye, pues, el tratadista chileno matriculando la figura como una modalidad especial de pago. Y su manera de pensar muestra buena lógica, pues todos los que han removido con el estudio esa figura están de acuerdo en que la tradición de la nueva cosa debe cumplirse inmediatamente.

La discordia empieza cuando unos perciben aquel momento en que la nueva obligación existe para extinguirla luego. En cambio, los otros, con el autor de Chile, rechazan aquel instante, pues no hay nueva obligación, sino que la deuda primitiva se extingue sólo **cuando** es ofrecida otra cosa y el acreedor la acepta, recibéndola. De forma que el consentimiento para el cambio de objeto y el necesario para que la tradición valga, es uno mismo.

En la tesis de la novación, en cambio, habría dos acuerdos: uno, indispensable para que la novación quede perfecta, y otro, indispensable igualmente para la tradición del nuevo objeto debido (C. Civil, art. 740).

Porque, si convención es el acuerdo de voluntades que crea, modifica o extingue obligaciones, la

novación y la tradición merecen tenerse como dos acuerdos de voluntades: el primero, para extinguir y crear simultáneamente; y el segundo, sólo para extinguir. Es principio filosófico muy sabio el de que no se deben multiplicar los entes cuando ello no es necesario. Ahora bien, si la dación en pago fuera novación seguida de transferencia inmediata, de ningún valor sería estudiarla separadamente. Para estudiar su reglamentación y consecuencias podría irse a esas dos instituciones que reglamenta el código separadamente con todos sus detalles. Pero si la *datio in solutum* ha inquietado siempre a los mejores tratadistas, ello se debe a su carácter especialísimo e inconfundible.

El art. 779 del C. Civil argentino parece recoger muy fielmente la teoría sobre la modalidad especial del pago, al decir: "El pago queda hecho **cuando el acreedor recibe voluntariamente** por pago de la deuda, alguna cosa que no sea dinero en sustitución de lo que se le debía entregar, o del hecho que se le debía prestar". (Subraya la Sala).

Significa lo anterior que la figura sólo queda perfecta en el acto de recibir. Entonces, la *datio in solutum* es inaplicable para cambiar el objeto debido por la obligación de traditar un bien raíz, ya que su tradición presupone un título traslativo de dominio (C.C. art. 745), previamente recogido

en escritura pública, donde el deudor se obliga a la transferencia y el acreedor acepta la nueva deuda en lugar de la otra que se extingue definitivamente.

Allí sí hay verdadera solución de continuidad en el tiempo, ya que la tradición viene muy posteriormente, pues ella se cumple sólo mediante el registro.

No se trata, pues de que el acreedor **accepte la nueva cosa recibiendo**, sino que primero se forma un acuerdo realmente novatorio y luego viene su cumplimiento por la tradición registral.

En el caso debatido, para extinguir obligaciones incorporadas en varios pagarés que aceptó CORREA ACEVEDO Y CIA. S.C.A. en beneficio de FINANCIERA FURATENA COMPAÑIA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL S.A., otorgó aquella varias escrituras públicas donde se habla de "DACION EN PAGO", pero obviamente la designación que se le dio al acuerdo adolece de grave impropiedad, según lo visto arriba, pues realmente lo que hubo fueron verdaderas novaciones, donde la DEUDORA se obligó a traditar el dominio de los bienes raíces referidos en cada una de las escrituras, y como contraprestación, las obligaciones incorporadas en los pagarés quedaron extinguidas.

Tanto la novación, como la dación en pago, son verdaderos

contratos, conforme al art. 864 del C. de Comercio. Son de carácter oneroso, ya que "tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro", como lo dice el art. 1497 del C. Civil.

Entonces, tanto la novación, como la dación en pago están comprendidos dentro del numeral 11 del art. 1965 del C. de Comercio, pues uno y otro fenómeno **son actos de disposición**.

Ya veremos por qué la DACION EN PAGO fue prevista en dos numerales distintos, esto es, el 3o. y el 11o. de la norma dicha.

4- Imprecisión del numeral 3o. Los pagos de deudas vencidas cumplidas antes de la declaración de quiebra son inatacables mediante la ACCION REVOCATORIA, aunque se hayan perfeccionado **en el período de sospecha**. La razón de ello es que el deudor, al pagar, atiende un **deber**, y estaba en la necesidad de hacerlo. El acreedor, al recibir, **ejercita una facultad**, y ambos, acreedor y deudor, proceden dentro de los causes normales. Así, el perjuicio que se causa a los demás acreedores **NO ES INJUSTO**, y por ello se excluye la revocabilidad.

Pero cuando la deuda vencida se extingue, **no por los medios normales de pago**, sino acudiendo a la novación o a la datio in solutum, el deudor no cumple bajo

el apremio del deber, sino con plena libertad, emitiendo su consentimiento libremente para un contrato nuevo, y allí sí, el daño a los demás acreedores **viene a ser injusto**, debido a que se disminuye la prenda general de ellos, mediante un acto no perfeccionado en ejercicio de un deber.

Allí el acreedor que recibe otra cosa o da su consentimiento para el cambio de obligación toma ventaja a sus compañeros de acreencia, y esto, no en ejercicio de una facultad, como cuando recibe lo que se le debe, sino atropellando la restricción de la disponibilidad que al deudor le había venido desde cuando principió su insolvencia.

Conforme a lo anterior, ya podemos entender la impropiedad en que incurrió el numeral 3o. del art. 1965, al hablar sólo de "DACIONES EN PAGO" para hacerlas revocables dentro de los presupuestos allí previstos, cuando en realidad, mejor le hubiera estado emplear términos más genéricos donde quedara comprendida también la NOVACION, como lo hace la ley de quiebras italiana en su art. 67 que habla de extinción de deudas vencidas cuando no se hace "con medios normales de pago".

Entonces, de acuerdo a nuestro sistema, aunque la novación se perfeccione después de la fecha de cesación en los pagos, no puede

acudirse al numeral 3o., sino al undécimo, que es más desfavorable a los acreedores dado que el tercero se libera probando que obró de buena fe exenta de culpa, lo cual no le es posible dentro de lo previsto en el numeral 3o.

5- Comparación de los numerales 3o. 11. En el numeral 3o., como lo dijimos ya, cabe solamente LAS DACIONES EN PAGO, y por ende, quedan excluidos los demás medios de extinguir las obligaciones. En el numeral 11o., en cambio, se comprende "todo acto oneroso" y de esa índole son, tanto los contratos que crean obligaciones para ambas partes o para una sola de ellas, pero donde se gravan ambas en beneficio recíproco, como los actos de extinción, mediante la dación en pago, pues tiene carácter de onerosidad, o la NOVACION que extingue y crea obligaciones de manera simultánea, pues también es onerosa.

Se dirá que resulta contradictorio incluir la DATIO IN SOLUTUM en dos numerales distintos, y que si ya se había regulado en el 3o., no hay para qué pretender incluirla en el 11o.

A ello se responde que los presupuestos del numeral 3o. son distintivos, puesto que se necesita que la dación en pago se haya cumplido dentro del **período de sospecha**, pero al tercero no se le admite probar su buena fe. Por el contrario, en el numeral 11o.

el acto debió cumplirse **dentro de los dos años anteriores a la fecha de cesación de pagos**, y sin embargo es impugnabile, pero al tercero se le admite probar su buena fe exenta de culpa.

En el presente caso la sociedad opositora nada pudo acreditar en su favor, y muy por el contrario, desde un principio actuó de mala fe, como lo veremos a continuación.

Pero si se insiste en que cuando se cumplen los presupuestos del numeral 3o., allí debe ubicarse de todas maneras el caso, y no llevarlo a otro, pues la duplicidad repugna legalmente, veamos como en el problema debatido no podemos aplicar ese numeral dicho dado que ni siquiera se dan tales presupuestos.

En efecto, allí se habla de "daciones en pago por deudas vencidas". Ahora bien, las pagadas a FINANCIERA FURATENA estaban pendientes del plazo, dado que sólo se vencían en abril de 1982, en prueba de lo cual, mírese que en los propios pagarés quedaron incluidos los intereses hasta el referido mes.

De ahí que, por tratarse de deudas pendientes que no se extinguieron por los medios normales, únicamente puede situarse en el numeral 11o., pues recorridos todos los demás, vemos que ningún otro es aplicable.

6- Mala fe del acreedor. Dejamos ya sentado el principio de que para la estimación de la ACCION REVOCATORIA basta que el demandado no consiga demostrar que cobró de buena fe exenta de culpa, si se trata del numeral 11o.

Pero como el art. 1967 concede al vencido su derecho a participar en la quiebra con los demás acreedores por el monto de lo que dio, siempre que haya obrado de BUENA FE, importa en el presente caso demostrar que aquí faltó esa calidad. Para ello, dividiremos el estudio por medio de literales, así:

a) Financiera Furatena conocía el mal estado de los negocios de CORREA ACEVEDO, y todas las defraudaciones que allí se cometían. Ello, porque había una comunidad administrativa en esas dos entidades, que indiscutiblemente prueban lo dicho antes.

En efecto, la doctora BEATRIZ ZEA MADRIGAL, quien fuera una de las empleadas de confianza en el GRUPO COLOMBIA, dice que "el gerente de Financiera, el Dr. Fernando Mejía manejaba también a Correa Acevedo". (C. No. 9, fls. 11) NORA VILLA VELEZ, del mismo modo alta empleada en el mismo grupo, anota que "el Dr. Fernando Mejía fue gerente en forma simultánea de Correa Acevedo y Cía. y Financiera Furatena, esto traía

como consecuencia que existiera un punto de partida de igual forma para ambas empresas, a nivel financiero existieron cruces de cuentas." (C. No. 9, fs. 14).

Durante la inspección judicial que se practicó a FURATENA, se agregaron documentos, como el denominado "informe confidencial", donde al gerente de la entidad visitada se le comunican gestiones cumplidas en CORREA ACEVEDO (fs. 43 vto.)

Muchas otras pruebas podríamos analizar, pero un aparte del dictamen despeja cualquier duda, y así parece suficiente transcribirlo, pues dice:

"a) Los ejecutivos de Financiera Furatena autorizaban los préstamos ficticios eran las mismas personas autorizadas para girar cheques de cuentas por medio de las cuales se administraban esos fondos especiales.

"b) En el caso de las cuentas corrientes especiales abiertas a nombre de Noe Correa y Luis Emilio Hurtado en el Banco Colpatria, se afirma que la sociedad Correa Acevedo y Cía. S.C.A. se constituye codeudora de los giros y sobregiros que se presenten en tales cuentas. Sin embargo, la carta de garantía la suscribe en representación de la compañía citada Fernando Mejía López gerente de Financiera Furatena S.A.

"c) Existe sin número de pagarés como las fotocopias que se acreditan (anexo L, números 1 y 2) en donde la persona jurídica obligada desde el punto de vista de la literalidad del pagaré, es CORRREA ACEVEDO. No obstante el título valor es suscrito conjuntamente por la otorgante y Financiera Furatena S.A., con el agravante de que Fernando Mejía López, gerente de Financiera Furatena, actúa en representación de Correa Acevedo.

"d) En el anexo L, Número 3, se aprecia tal identidad administrativa entre la sociedades en litigio, que en una comunicación dirigida al Banco Nacional y por medio de la cual se ordenaba un giro a una cuenta de cartera ficticia abierta en la ciudad de Cali, se suponen los sellos de las compañías como antefirma de Ana Cecilia Vásquez Alzate, empleada de Furatena.

"e) En el anexo L, número 4 y 5, en relación con el manejo de la cuenta especial citada en el literal anterior, firma Cecilia Vásquez A. indistintamente a nombre de las dos compañías..." (C. No. 10, fs. 184).

Para remate de todo lo planteado, anotamos que todas las personas jurídicas integrantes del GRUPO COLOMBIA eran manejadas bajo la voluntad omnimoda expresada por don FELIX CORREA MAYA, pues todas eran tratadas, no como so-

ciudades con personería jurídica propia, sino como ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO pertenecientes de manera exclusiva al supremo DIRECTOR. Sin embargo, sobre esto no insistiremos ahora, debido a que parece mejor tratarlo en otros capítulos de esta providencia.

b) Estado financiero de CORREA ACEVEDO. Cuando ésta celebró las operaciones atacadas, su situación económica era pésima. En el informe de la SUPERINTENDENCIA BANCARIA leemos: "El balance de prueba a agosto 31 de 1981 presenta una pérdida de \$971.758.131.21, es decir, más del ciento por ciento (100%) del capital de la sociedad, lo cual hace que la sociedad encaje dentro de lo preceptuado por el art. 351 del Código de Comercio." (C. No. 9, fs. 106).

Los peritos, expresaron que en el balance a diciembre 31 de 1981, "el pasivo supera al activo en tres mil veintiún millones cuatrocientos tres mil ciento noventa y seis pesos m.l (\$3.021.403.196.00).

"Las pérdidas acumuladas en diciembre 31/81, eran del orden de los tres mil veintidos millones ciento noventa y tres mil quinientos treinta y ocho pesos (\$3.022.193.538.00)".

Se argüirá que el conocimiento del mal estado de los negocios no prueba mala fe, pues, como se ha dicho, la presunción ha sido

consagrada únicamente para la acción paulina en el art. 2491 del C. Civil. A ello se responde que efectivamente, como regla general, para la mala fe se necesita demostrar que el autor conocía el perjuicio injusto causado al tercero. Sin embargo en tratándose de pagar deudas no vencidas por medios distintos de los normales, el sólo conocimiento de que el deudor tenía sus negocios en mal estado prueba mala fe, pues, por la situación especial en que se haya el insolvente, ningún acreedor puede recibirle cosas distintas de lo debido, ya que con ello se lesiona LA PAR CONDITIO CREDITORUM, y eso constituye un perjuicio injusto por la restricción en la disponibilidad que le viene al deudor con su insolvencia, lo cual puntualizamos claramente al estudiar el fundamento de la ACCION REVOCATORIA. Esa indisponibilidad comprende todo lo que agrava la insolvencia.

c) Origen de los créditos. A más de que FINANCIERA FURATENA conocía la INSOLVENCIA DE CORREA ACEVEDO, lo cual implica conocimiento del perjuicio injusto que vendría a los acreedores con los actos impugnados, los créditos que dieron base a tales operaciones tuvieron origen turbio, pues nacieron de SIMULACIONES POR INTERPOSICION DE PERSONAS, a lo cual se acudió sin otro fin explicable que el de perjudicar a los acreedores.

Los funcionarios de la Superintendencia Bancaria que visitaron las instalaciones de FINANCIERA FURATENA, y los peritos que las inspeccionaron igualmente, constataron la existencia de lo que se llamó "CARTERA ESPECIAL", que resultó ser FICTICIA, y así, los peritos, en su dictamen que vemos en el 10o. cuaderno, fs. 175, dijeron: "Como se ha debatido ampliamente, el sistema de la cartera especial estaba funcionando en Financiera Furatena S.A. desde varios años atrás, antes de 1979, por decir lo menos, con el siguiente procedimiento:

"a. Mediante un estudio de crédito amañado, un funcionario de Furatena previo "análisis" de una documentación prefabricada, consistente en una solicitud de crédito y un balance general, emitía un concepto favorable para que se concedieran préstamos a personas inexistentes, otros en los que supuestos deudores no tenían la más remota idea de que sus nombres estaban siendo utilizados para la tramitación de préstamos ficticios, con el agravante en muchos casos de que las cifras del balance general allegado eran falsos, irrisorios comparadas con la suma que aparentemente se otorgaba en préstamos; como en el caso de María Eugenia Valencia, Nieto Manzur y Melania Quiñonez quien resultó ser una doméstica de uno de los ejecutivos de Furatena.

"b. Aprobada la solicitud de crédito se elaboraba un pagaré a la orden de Financiera Furatena S.A. y a cargo del deudor ficticio de cartera especial, al cual le daban todos los visos de legalidad mediante cláusulas tales como la estipulación de intereses ordinarios anticipados y por mora y, finalmente, se pagaba impuesto de timbre correspondiente."(C. No. 10, fs. 175).

El funcionario de la Superintendencia Bancaria, GERMAN SENDOYA MEJIA, en su testimonio, dice que a cambio de los préstamos ficticios fueron otorgados pagarés por personas distintas de los beneficiarios, y que los cheques expedidos a raíz de tales mutuos eran endosados con cédulas distintas de las anotadas en los pagarés, y consignados en cuentas corrientes de diversos bancos cuyos titulares eran personas naturales, como MELANDIA QUIÑONEZ, MARÍA EUGENIA VALENCIA, MANUEL OSPINA, etc. (C. nro. 9, fs. 59 vto.).

Otro funcionario de la misma Superintendencia, EDGAR DURAN ARIAS, dice igualmente que la firma para endosar los cheques y la puesta en los pagarés no coinciden, y que tales cheques eran consignados en la cuenta corriente de CORREA ACEVEDO y de otras personas que las tenían en el Banco Nacional, "pero eran manejadas por la tesorera de la firma Co-

rrea Acevedo señorita Luz Amparo Montoya..' (fs. 45).

De todo se infiere una serie de ARGUCIAS Y ARTIMAÑAS cuidadosamente enderezadas a sustraer dinero de los causes normales para llevarlo a fines nada beneficiosos para los intereses de ellos, debido a que de esa manera les vino la desmejora notoria de su prenda general.

Nuestra legislación tiene reglamentado hasta sus mínimos detalles el funcionamiento de las personas jurídicas, precisamente con miras a proteger los intereses de los asociados y de los acreedores. Si se alteran los actos, haciéndolos aparecer como reales, cuando en verdad ocultan sutilmente una simulación, ha de entenderse que a tal medio ilícito se ha acudido, bien para defraudar a los propios socios, o a terceros.

En el presente caso la defraudación se orientó, no contra aquéllos, pues todo el GRUPO COLOMBIA lo integra la misma familia, sino contra los acreedores que depositan sus ahorros en la FINANCIERA FURATENA o en CORREA ACEVEDO en la esperanza de recibir por ello lucrativos réditos.

d) Beneficiarios finales de los préstamos. Hablamos ya de que se trataba de una CARTERA FICTICIA montada para simular la persona del verdadero mutuario, puesto que se acudía a la in-

terposición de personas, quien figuraba, suscribía el pagaré, pero el cheque se le entregaba endosado a un **mutuario real oculto**.

El testigo EDGAR DURAN ARIAS, ya citado, anota que muchos de esos dineros llegaron a cuentas corrientes de ejecutivos de las propia FINANCIERA FURATENA de donde fueron trasladados a la cuenta corriente de CORREA ACEVEDO, o a otras personas distintas, manejadas por CORREA ACEVEDO. (C. No. 9, fs. 45). Lo mismo anota GERMAN SENDOYA MEJIA (fs. 60 vto.).

Otro visitador enviado por la Superintendencia Bancaria, el señor Angel Hernandez rindió testimonio y dijo que muchos préstamos fueron finalmente a CORREA ACEVEDO, COLCEPILLOS LTDA., CARTEX DE COLOMBIA LIMITADA, integrantes del GRUPO COLOMBIA, y a personas naturales vinculadas, bien a FINANCIERA FURATENA o a CORREA ACEVEDO (C. No. 9, fs. 205).

e) Beneficio de Correa Acevedo. La entidad fallida otorgó pagarés por esa cartera ficticia, y hemos de ver si realmente se benefició con ella, o si fue utilizada injustamente.

Los peritos, en el aparte de su informe visible en el folio 182, del 10o. cuaderno, expresaron:

“Sin embargo, después de un concienzudo análisis de los documentos mencionados que abarca más de tres años de historia contable, llegamos a la conclusión de que para la sociedad Correa Acevedo y Compañía S.C.A. no hubo beneficio económico por las siguientes razones:

“Los dineros que recibía Correa Acevedo de Financiera Furatena por concepto de la cartera especial eran utilizados para efectuar una serie inconmensurable de operaciones financieras y juego de traspaso y utilización de fondos en los cuales los beneficiados en última instancia fueron el señor Félix Correa Amaya, su familia y, en menor escala algunos ejecutivos y funcionarios de Financiera Furatena y de las compañías del grupo Correa.

“Parte de los fondos de cartera especial manejados extracontablemente, fueron devueltos a Financiera Furatena S.A. a nombre de accionistas de esa entidad, como aumentos de capital.”

El anterior concepto viene respaldado por lo que habrán dicho ya los visitadores de la Superintendencia Bancaria, conforme a cuyos testimonios, los dineros iban a entidades del Grupo Colombia o a cuentas corrientes de personas naturales, manejadas, bien por CORREA ACEVEDO, bien por la propia FINANCIERA FURATENA.

f) **Conclusión.** De todo lo expuesto y analizado inferimos ya sin ambages que FINANCIERA FURATENA obro de MALA FE durante todo el itinerario recorrido hasta finalizar en las operaciones atacadas, por lo siguiente: a) CORREA ACEVEDO estaba insolvente cuando celebró los contratos, y FINANCIERA FURATENA lo sabía. Entonces, conoció el perjuicio injusto que con los actos iba a causarle a los acreedores, pues por tratarse de pagos por medios anormales, contra toda ley se desmejoró el derecho general de prenda. b) La argucia de acudir a préstamos simulados indiscutiblemente significó el CONCILUM FRAUDIS, pues la demandada sabía los fines fraudulentos que buscaban por ese medio. c) El beneficio del DEUDOR FALLIDO con esos préstamos en definitiva fue muy poco, y sin embargo se le obligó al otorgamiento de pagarés donde quedaron incorporados esos créditos, cuando a fin de cuentas, muchas otras personas habían sido principalmente beneficiadas.

Si la buena fe consiste en la conciencia de estar obrando correctamente y sin daño de terceros, esa calidad faltó en la conducta de la entidad que hoy opónose a la acción revocatoria, y por ende, no sólo prospera ésta, sino que también se le desconocerá su derecho a participar en la quiebra.

Es que, si en la ACCION PAU—LIANA se desconoce al tercero

su derecho de concurrir sobre el bien por lo que había dado, en la ACCION REVOCATORIA CON—CURSAL se concede el derecho a participar en la quiebra, pero ello es como un reconocimiento explícito a su buena fe. Si esta calidad falta, la participación carece de todo fundamento.

7- Mejoras y frutos. La sentencia recurrida, en la página 46, reconoció el derecho al reembolso de las mejoras útiles. Ya vimos en la parte jurídica de la ACCION REVOCATORIA No. 6, que el bien debe restituirse con las obras implantadas, y sólo hay derecho a reclamar en la quiebra su reembolso, cuando se estaba de buena fe. Como en el presente caso tenemos lo contrario, se debe negar el derecho al pago, - y en esa forma quedará modificado el fallo.

En cuanto a los frutos, también dijimos en el No. 7., del análisis jurídico anterior, que ellos pertenecen al dueño hasta el día en que se ejecutorie la sentencia, pues hasta esa fecha se le reconoce como dueña a la demandada frente a todo el mundo. El Juez impuso a la demandada el pago de esos frutos a partir de la notificación de la demanda, y en esa parte debemos también modificar la providencia recurrida.

8. Alegaciones de la defenza. El distinguido profesional que defiende los intereses de FINANCIERA FURATENA presentó un

alegato bien fundado, y allí se releva principalmente dos puntos: en primer término, debió pedirse la declaración de quiebra de los socios que por ley tenían obligación solidaria e ilimitada. En segundo lugar, lo aplicable al presente caso no era el numeral 11o., sino el 3o. del art. 1.965.

El último punto ya fue tratado suficientemente conforme a lo que dejamos dicho. Estudiaremos el primero para concretar sus implicaciones.

El art. 1.944 del C. Mercantil, hablando de socios colectivos, dispone que "el síndico deberá pedir que se declare la quiebra de éstos, si los activos sociales son insuficientes para atender el pasivo externo y los socios no ponen a órdenes del juez el faltante, una vez requeridos para ello."

Aquí el síndico se abstuvo de pedir la declaratoria de quiebra, pues consideró tal cosa de ningún provecho, y al contrario, de mucho riesgo por las posibles consecuencias desfavorables.

Opina el representante de FINANCIERA FURATENA que lo preceptuado en el art. 1944 no es optativo, sino de forzoso cumplimiento, y que, además, ninguna consecuencia desfavorable podrá venir a los acreedores de CORRREA ACEVEDO, ya que éstos pueden acudir a los bienes de los socios, pero los acreedores de éstos ninguna participación podrían

tener en la masa de la sociedad quebrada.

Opina esta Sala que, si bien el art. citado en su literalidad impone al síndico una obligación absoluta e ineludible, debe interpretarse razonablemente y darle un sentido compatible con el provecho económico allí buscado. Así, cuando estudiadas cuidadosamente las posibilidades de éxito, se llega a la conclusión de que no existen, o, por lo menos, no se advierten por parte alguna, la petición sobre declaratoria de quiebra no es aconsejable.

Aquí, el auxiliar de la justicia obviamente ha mostrado actividad y diligencia ejemplar, y sin embargo, respecto de la quiebra de los socios no pudo encontrar perspectivas de provecho alguno, y debido a ello se abstuvo de solicitarla. Y aunque se anota que ningún daño traería esa declaratoria debido a que los acreedores de los socios no participarían en la masa activa de CORRREA ACEVEDO, sin embargo, el perjuicio sí vendría indiscutiblemente por el entorpecimiento en el trámite, al punto que con la acumulación de otras quiebras, la de CORRREA ACEVEDO se haría interminable. Dice el abogado que ello no se presentaría, dadas las reglamentaciones estrictas de la ley, pero se le responde que la experiencia demuestra lo contrario.

Fuera de ello, ni la junta asesora

ra, ni acreedor alguno, instó al síndico para que solicitara la quiebra de los socios, y muy por el contrario, con su silencio mostraron aceptar la inutilidad e inconveniencia aliviada por aquél.

Pero si no se aceptan las razones antes dichas, y se mantiene la tesis de que la obligación de pedir la declaratoria de quiebra es **absoluta e ineludible**, pues debe aplicarse al tenor literal del art. 1.944, sin acudir a interpretaciones de conveniencia, entonces, con la misma **literalidad rigurosa** debemos interpretar el art. 1.965, donde se dispone:

“Cuando parezca que los bienes de la masa son insuficientes para cubrir el total de los créditos reconocidos... podrá impetrarse la revocación de las siguientes operaciones del quebrado.”

Es decir, hasta que la masa activa del quebrado revele insuficiencia para que se pueda intentar la ACCION REVOCATORIA, sin que sea necesario previamente acudir a la declaratoria de quiebra de los socios, porque el artículo no lo está exigiendo. Solamente requiere como único presupuesto que “parezca que los bienes de la masa son insuficientes...”.

Y no se diga que esa masa debe integrarse con los bienes de los socios en quiebra, pues los de éstos forman una masa distinta, como lo dice el propio abogado, y como lo dicen los tratadistas

que él mismo cita en su memorial, entre ellos, RAFAEL ASAREAD y RODOLFO MEZZERA ALVAREZ. (véase fs. 8 y 10 del memorial).

Entonces, no se ve cómo luego se contradice, al expresar que la acción revocatoria sólo puede intentarse en el caso de subsistir la insuficiencia “cuando realmente se conforme la masa pasiva, es decir, cuando se hayan tomado todos los medios de apoderamiento respecto a íntegros los bienes llamados a conformarla, tanto los propios de la sociedad como los propios de los obligados ilimitadamente.” (fs. 12 del memorial).

Dos observaciones le hacemos a lo transcrito: en primer lugar, la masa activa de la sociedad se forma con los propios bienes de ésta, pues los pertenecientes a cada socio forma una masa distinta como lo había dicho antes el distinguido profesional, apoyado por los tratadistas que el mismo cita. En segundo lugar, para la acción revocatoria basta que LOS BIENES DE LA MASA del inicialmente declarado en quiebra PAREZCAN INSUFICIENTES y no es necesario acudir previamente a la declaratoria de quiebra de los obligados solidariamente.

De ahí que, si hemos de tomar el art. 1.944 por donde quema, con el mismo rasero debemos interpretar el principio del 1.965,

y más aún, tampoco necesita de interpretación, sino que basta su tenor literal para inferir la procedencia de la ACCION REVOCATORIA cuando, mirados los bienes del deudor declarado en quiebra, resultan insuficientes.

V. LA QUIEBRA PATRIMONIO AUTONOMO.

De mucha importancia es concretar el régimen jurídico del patrimonio en la quiebra, la capacidad para ser parte y el papel procesal del síndico, pues ello da la base para la solución de muchas dudas y problemas.

1. Capacidad para ser parte. Es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones procesales, situaciones todas que nacen dentro del proceso y con ocasión de éste.

Esa aptitud la tiene toda persona natural o jurídica por el sólo hecho de serlo, conforme al art. 44 del C. P. Civil.

Pero las dudas vienen cuando se pregunta si solamente las personas naturales y jurídicas tienen capacidad, o si habrá otras entidades que sin tener personalidad frente a la ley, pueden comparecer al proceso como PARTES. A propósito de ello se necesita el estudio de los PATRIMONIOS AUTONOMOS.

2. Qué son patrimonios autónomos. Debemos distinguir el pa-

trimonio ordinario y el autónomo. PATRIMONIO ORDINARIO es aquel que su titular puede administrar y disponer de él a nombre propio, directamente o por mediación de un representante suyo, -conforme a las normas comunes dadas para cada especie de bienes.-

PATRIMONIO AUTONOMO, en cambio, es aquél cuya administración y relativa disposición corresponde a una persona distinta del titular. Esa persona administra y dispone a nombre propio, y por ello no puede decirse que sea representante del señor y dueño.

Pero esa administración y disposición se cumple, no conforme a las normas dictadas para el PATRIMONIO ORDINARIO, sino conforme a las especiales dictadas para cada especie de patrimonio autónomo, y en orden a los fines especiales que la propia ley se ha propuesto al crearlo.

Más aún, hay patrimonios administrados por los propios titulares, pero no según las disposiciones comunes, sino conforme a las especiales dictadas para el caso, y por eso también son PATRIMONIOS AUTONOMOS, v.gr. el patrimonio de la sociedad conyugal disuelta, cuando es administrado por los propios cónyuges y no por un secuestre.

Entre los PATRIMONIOS AUTONOMOS podemos enumerar:

los bienes del que está por nacer, los bienes del ausente, el bien secuestrado, la herencia yacente, aún la herencia aceptada, la comunidad a la que se ha dado administrador, la masa del concurso, y, finalmente, LA MASA DE LA QUIEBRA.

Quién comparece cómo parte? Ahora se pregunta si en el proceso comparece como parte el titular a través del administrador de ese patrimonio, si la parte es el administrador, o si, finalmente, es el propio patrimonio autónomo la parte en el proceso.

Es que, parte, en sentido procesal, es el sujeto que se vincula al proceso para gestionarlo a nombre propio.

Para resolver la inquietud tenemos la teoría de la personalidad provisional, la de la representación y la de la capacidad para ser parte en razón del cargo.

a) Teoría de la personalidad provisional. Ella es defendida por DEVIS ECHENDIA en su obra NOCIONES GENERALES DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Edición de 1966, pág. 475. Lo mismo insinúa en su reciente obra COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL, Tomo I, No. 223.

Empero, no se puede aceptar la solución propuesta, ya que solamente son personas jurídicas las reconocidas legalmente y no

hay ninguna ley que dé personalidad a los patrimonios autónomos.

Además, para resolver el problema no necesitamos acudir a esa ficción, ya que hay otro camino para resolverlo más de acuerdo al derecho vigente.

b) Teoría de la representación. Ella viene sostenida por LEO ROSEMBERG en su obra TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo I, No. 39, pág. 214. Dice el eminente tratadista que es parte el titular del patrimonio y el administrador se vincula como representante.

Debe igualmente inadmitirse la teoría, porque el representante de una persona sólo puede actuar en favor de ella y jamás puede combatirla en aquello que es materia de la representación.

Empero, el administrador del patrimonio autónomo frecuentemente se ve precisado a demandar al propio titular.

c) Teoría del cargo. La propone ENRICO REDENTI en su estudio DERECHO PROCESAL CIVIL, Tomo I, No. 45, pág. 166. Dice que la verdadera parte es el administrador del patrimonio, quien comparece, no en representación del titular, sino a **nombre propio**, pero tampoco en su carácter puro y simple, sino en **razón del cargo**, que se le ha dado.

Así, en el caso concreto, el SINDICO DE LA QUIEBRA comparece como SINDICO a nombre propio, y como tal es quien tiene la **capacidad para ser parte, y es la parte principal verdadera.**

El paciente estudio que hemos hecho se necesitaba para dilucidar las atribuciones tanto del QUEBRADO como del SINDICO en la quiebra y desvanecer ya las objeciones del representante del Banco Nacional y de CORFIANTIOQUIA.

Hemos de advertir que la teoría del cargo resiste las objeciones que se le puedan formular, y así es la más acogida, inclusive por la H. Corte Suprema.

VI. LA LEGITIMACION

El término LEGITIMACION se ha utilizado únicamente en el derecho moderno, pero su contenido viene aplicándose desde muy antiguo, como que es algo inherente a la naturaleza del derecho.

Como la expresión se originó hace poco, su significado es todavía impreciso y muy discutido.

Aquí trataremos de definirlo, pues lo exige el tema para precisar las funciones del SINDICO.

Hay la legitimación sustancial y la legitimación en la causa o legitimación procesal. Cada especie la estudiaremos en capítulo especial.

VII. LEGITIMACION SUSTANCIAL

Podemos definirla como la facultad que tiene determinada persona para administrar y disponer de los bienes a **nombre propio.** Esa facultad generalmente la tiene solamente el titular de los bienes. Excepcionalmente la tiene un tercero, quien por disposición de la ley **sustituye** al titular en la administración, y a veces también en la disposición.

Para ello tiene plena vigencia la **teoría del cargo** arriba propuesta, pues el tercero administra y dispone a nombre propio, no en su carácter de persona pura y simple, sino en razón del cargo señalado por la misma ley.

Tal es el caso del secuestre, que administra el bien secuestrado, del curador de bienes, a nombre propio, y del SINDICO DE LA QUIEBRA, que administra la masa y dispone de los bienes dentro de las limitaciones legales, pero siempre a nombre propio y no en representación del deudor.

A éste se le quita la legitimación sustancial y se le da al SINDICO. De ahí que éste sustituye en esa facultad al titular.

Por eso es lógico el Código de Comercio en su art. 1945 al disponer que "La declaración de quiebra conlleva:

"1. La separación del quebrado

de la administración de sus bienes embargables...”

No habla el artículo de que fallido queda también **separado de la disposición de sus bienes**, como sí lo hace la ley de quiebras italiana en su art. 42, y esto desde la fecha de la sentencia.

Pero es obvio que conforme a nuestro sistema legislativo también pierde la **facultad dispositiva**, puesto que son revocables tanto los actos de administración como los de **disposición** cumplidos después de declararse la quiebra. (art. 1965, numeral 1o.).

A esa pérdida de las facultades administrativa y dispositiva se le ha llamado por la doctrina **DESAPODERAMIENTO**, pero en realidad **es una pérdida de la legitimación** sustancial, y esto, por ser más apropiado, queda menos expuesto al equívoco.

Esa legitimación sustancial es dada por la misma ley al SINDICO, y éste **sustituye en esa facultad al quebrado**. Así dispone al art. 1953 del C. de Comercio: “El síndico tendrá la guarda y administración de la masa de bienes de la quiebra y como tal, los siguientes deberes y funciones especiales:

“1. Sustituir al quebrado en la administración de sus bienes y en todos los asuntos que afecten o puedan afectar su patrimonio.”

Es decir, que éste auxiliar no administra a nombre del quebrado, **sino que lo sustituye**, cumpliéndose así una especie de subrogación personal, pues el sitio que ocupa el deudor fallido es ocupado por el SINDICO en las mismas condiciones y con las mismas facultades de aquél, salvo las limitaciones legalmente previstas.

Por eso al finalizar el proceso, el deudor nuevamente recibe el patrimonio pero con todas las modificaciones que le haya introducido el AUXILIAR, pues lo hizo con verdadera LEGITIMACION, y por ello todo es oponible al titular de bienes.

VIII. LEGITIMACION PARA LA CAUSA

Muchas discusiones ha originado este fenómeno, del cual también hablan solamente los procesalistas modernos.

Se trata de saber en qué consiste, quién está legitimado, y el tratamiento especial en la quiebra.

1. En qué consiste. Para definir ese tópico hay varias teorías, así:

a) Una teoría sostiene que la legitimación en causa o procesal consiste en que el demandante sea titular del derecho reclamado y la parte contraria sea obligada a responder por ese derecho frente al actor.

Esa teoría no puede admitirse, puesto que si en ello consistiese, de nada serviría el haber inventado esa figura. Tener o no razón el demandante no necesita nombre especial ni estudio sofisticado. Las palabras no deben multiplicarse sin necesidad.

Fuera de ello, hay casos en que a más de faltarle la titularidad al demandante y no estar obligado el demandado, a ambos les falta una calidad adicional, y ESA CALIDAD es lo que se llama LEGITIMACION EN CAUSA, que necesita ser definida y estudiada en sus consecuencias.

Así por ejemplo, frecuentemente, aún siendo titular, no se tiene legitimación, como es el caso del **quebrado**, según vamos a verlo, y en cambio sí tiene legitimación aún sin ser titulado, como en el caso del **SINDICO**, según lo veremos también.

b) Otra teoría sostiene que la titularidad en el demandante consiste en afirmarse titular del derecho, y en el demandado en afirmarse que es la persona obligada a responder por el derecho que se reclama. De ahí que se tiene la legitimación aunque resulte a la postre no ser titular el demandante o no ser el demandado quien debe responder.

También rechazamos esa teoría, porque se confunde lo que da legitimación con lo que es verdaderamente legitimación. O mejor,

es verdad que el afirmarse titular es una de las cosas que dan legitimación, pero en eso no consiste la figura.

Sería tanto como decir, que la capacidad consiste en los 18 años, cuando en realidad, los 18 años dan capacidad, pero ésta consiste en poderse obligar por sí mismo.

Entonces, la mayoría de edad es fuente de la capacidad, pero en eso no consiste ella.

Del mismo modo, la afirmación de ser titular da legitimación, pero falta por verse en qué consiste ella. Es que, además, muchas veces aunque se afirme la titularidad, tampoco se tiene legitimación, como es el caso del **QUEBRADO** a que nos referiremos luego.

c) Por último, viendo que las teorías propuestas, aunque han tenido acogimiento, no satisfacen, proponemos ésta:

LA LEGITIMACION EN CAUSA CONSISTE EN LA FACULTAD PARA GESTIONAR A NOMBRE PROPIO TODO EL PROCESO O PARTE DE EL.

Entenderemos mejor el asunto al estudiar de dónde viene esa FACULTAD.

2- Quién está legitimado. Desde luego, la propia ley da la legitimación, es decir la facultad para