

# “Desenmarañando la madeja” de los concursos de personas naturales en el Perú

Daniel Schmerler Vainstein<sup>(\*)</sup>(\*\*)

## 1. Introducción

En términos generales se considera que los procedimientos concursales son mecanismos de naturaleza excepcional previstos en el ordenamiento jurídico a efectos de afrontar aquellas situaciones en las que el patrimonio de un determinado sujeto de derecho se encuentra en situación de crisis por resultar insuficiente para satisfacer a plenitud al íntegro de sus acreedores.

Así lo sugieren autores tales como Alfredo Ferrero Diez Canseco<sup>(1)</sup>, quien manifiesta que, “existe una situación concursal cuando un deudor se revela imposibilitado de pagar a la pluralidad de sus acreedores, lo que exige establecer normas especiales para la protección de todos los intereses en presencia” y Luis Francisco Echeandía<sup>(2)</sup> quien opina que “El Derecho Concursal entra en escena cuando el derecho común se convierte en obstáculo para solucionar una crisis que involucra una pluralidad de intereses, que además son diversos e incluso contrapuestos. En una situación ordinaria, ante el incumplimiento de un deudor, el acreedor puede exigir el pago y accionar por la vía judicial para obtenerlo (...) Sin embargo, la racionalidad de dicha regla colapsa ante la presunción o la evidencia de un desbalance

en virtud del cual el patrimonio del deudor puede resultar insuficiente para pagar a todos los acreedores (...), la sola verificación de la insuficiencia patrimonial justifica una respuesta particular por parte del sistema jurídico”.

Es necesario acotar que lo expuesto en el párrafo precedente se explica porque una vez que se divulga la situación de desbalance patrimonial que enfrenta una determinada persona, es decir, cuando sus acreedores se enteran que los bienes propios de tal sujeto resultan manifiestamente insuficientes y escasos para afrontar el pago de sus obligaciones, se origina en estos una sensación de incertidumbre acerca de si el deudor les pagará o no. Como consecuencia de ello, opina Huáscar Ezcurra<sup>(3)</sup> que, entre todos los acreedores de la persona en crisis se desata “(...) una especie de ‘carrera por cobrar primero’, en la que todos procuran ejecutar el patrimonio de su deudor y cobrar lo antes posible”.

Agrega seguidamente el mismo autor que<sup>(4)</sup> los procesos de ejecución ordinaria devienen en ineficaces e injustos en casos en los cuales los activos del deudor en crisis resultan ser escasos para asumir el pago de todas las obligaciones, toda vez que “(...) finalmente solo lograrán cobrar los acreedores que cuenten con los mayores recursos y la mejor asesoría, quedando los demás

(\*) Actualmente el autor se desempeña como Secretario General de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios (JARU) del OSINERG. Anteriormente ejerció el cargo de Secretario Técnico de la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI.

(\*\*) Profesor de Derecho Concursal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) FERRERO DIEZ CANSECO, Alfredo. *Del Derecho de Quiebras al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial*. Lima: Revista de Derecho 47, 1993. p. 385.

(2) ECHEANDÍA CHIAPPE, Luis Francisco. *Odisea concursal y crisis empresarial: verdades, mentiras y leyendas tras el mito de una ley con fama de flotador*. En: *ius et veritas*. Número 22, 2001. p. 197.

(3) EZCURRA RIVERO, Huáscar. *La Ley de Reestructuración Patrimonial: Fundamentalmente un Instrumento de Reducción de Costos de Transacción*. En: EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Derecho Concursal - Estudios Previos y Posteriores a la nueva Ley Concursal*. Lima: Palestra Editores, 2002. p. 24.

acreedores desprovistos de una vía adecuada para el tratamiento de su problema (...) Todo lo anterior trae, a su vez, como consecuencia que quizá los principales activos de la empresa de nuestro ejemplo sean ejecutados por sus acreedores (...), el inevitable resultado de nuestra ‘carrera por cobrar primero’, será que los principales activos de la empresa terminarán siendo ‘canibalizados’<sup>(5)</sup> por los acreedores de mayores recursos”.

Para evitar las injusticias que podrían suscitarse en un escenario como el recién comentado, en perjuicio de varios de los acreedores del sujeto afectado por una situación de incapacidad patrimonial, es consecuencia natural del sometimiento del deudor al procedimiento concursal que se prohíba que aquéllos actúen de forma individual en cualquier vía (judicial, arbitral o administrativa) para procurar el recupero de sus créditos.

Es por ese motivo que más bien, la difusión de la situación de concurso conlleva implícitamente una suspensión de exigibilidad de las obligaciones del deudor, así como la generación de un marco de protección e intangibilidad sobre los bienes que integran el patrimonio del referido agente<sup>(6)</sup>, tendientes a fomentar la búsqueda de una respuesta de carácter colectivo entre los acreedores del sujeto en crisis (es decir, incentivar conductas cooperativas entre tales titulares de créditos) con la finalidad de que encuentren solución al problema común de falta de satisfacción de sus derechos de índole económica, en contraposición a las medidas de corte individual y/o egoísta que en otras circunstancias podría utilizar cada uno de ellos.

En ese orden de ideas, resulta oportuno mencionar que el Perú a partir del año 1992, como consecuencia de la dación del Decreto Ley 26116,

Ley de Reestructuración Empresarial, adoptó un modelo de sistema concursal hasta ahora vigente en esencia, más allá de las sucesivas modificaciones normativas ocurridas durante los últimos catorce (14) años, que incorporó una serie de interesantes características distintivas tales como: (i) la desjudicialización y transferencia de competencias y atribuciones para la tramitación del procedimiento concursal a un ente administrativo (INDECOPI); (ii) la privatización en la toma de decisiones que se vieron en buena medida trasladadas de la autoridad al conjunto de acreedores afectados por la incapacidad patrimonial del deudor común, por cuanto se asumió como premisa que los principales perjudicados por la situación de crisis de un sujeto de derecho son precisamente sus acreedores y, por ese mismo motivo, al tener comprometidos grandes intereses ligados al devenir patrimonial del deudor común, son ellos los más indicados para, previa evaluación y negociación, definir el destino del patrimonio del concursado; y, (iii) la creación de opciones alternativas y distintas a la liquidación, como es el caso de la reestructuración, para afrontar la problemática de la crisis económica de los agentes de mercado.

Dentro de ese esquema, existe un tema acerca del cual poco se ha dicho y escrito desde la instauración del actual modelo de sistema concursal: los procedimientos concursales que tienen como sujeto pasivo a una persona natural deudora. Y es que, de manera habitual se ha prestado más bien una mayor atención a los procedimientos seguidos en la búsqueda de solucionar la crisis patrimonial que afecta a personas jurídicas, en especial las de carácter empresarial.

(4) *Ibid.*; pp. 24 y 25.

(5) No compartimos el uso del término “canibalización”, por considerarlo inapropiado y ajeno al idioma castellano. En nuestro concepto existen otros vocablos que pueden representar de forma más adecuada la situación de detrimento patrimonial de que puede ser objeto (por acción y obra de sus acreedores) el deudor afectado por el estado de crisis, tales como “desmantelamiento” (que significa desmembrar o separar una cosa de otra) o “depredación” (que equivale a saqueo -claro que figurativo-, que se presenta en el caso de las ejecuciones individuales).

(6) Con relación a este punto, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, mediante Resolución 0091-2000/TDC-INDECOPI expedida el 1 de marzo de 2000 en el marco del procedimiento concursal de Pesquera Velebit S.A., ha efectuado una distinción entre ambas figuras, señalando que “debe notarse que es diferente la suspensión de la exigibilidad de las obligaciones de la protección del patrimonio del insolvente. Si bien en ambas medidas se persigue hacer viables los acuerdos a que llegue la Junta de Acreedores, en el primer caso la medida se dirige a las obligaciones, mientras que en el otro, al patrimonio mismo”.

Sobre el mismo particular, Puelles opina que “esta protección ha sido diseñada para permitir al deudor concursado mantener el *status quo* existente con respecto a su patrimonio y, adicionalmente, para brindarle la posibilidad de una cesación de pagos temporales, a fin de poder abordar con tranquilidad la tarea de negociar y preparar el acuerdo con los acreedores. Véase: PUELLES OLIVERA, Guillermo. *Algunas consideraciones sobre las garantías de terceros en los procesos concursales*. Volumen 166. Lima: Informativo Legal Rodrigo & Hernández Berengel, 2000. p. 13.

Sin embargo, curiosamente podemos referir que los procedimientos concursales que tienen como deudor a una persona natural en nuestro país son muy numerosos, llegando incluso a representar cerca del 60% de los trámites de tal índole que conoce el INDECOPI, es decir la mayoría de los que conoce dicha autoridad administrativa. La citada información no es de naturaleza casual o meramente circunstancial por cuanto, contrariamente a lo que podría suponerse, el número de procedimientos iniciados frente a tales sujetos se ha incrementado en los últimos años de forma ostensible. Así, conforme señala Huáscar Ezcurra<sup>(7)</sup>, tomando como referencia información desarrollada a agosto de 2000 en el Documento de Trabajo 008-2000 elaborado por el INDECOPI, “(...) el 60% de los casos de insolvencia iniciados corresponden a personas jurídicas y el 40% corresponden a personas naturales”<sup>(8)</sup>. Posteriormente, hacia el año 2003 dicha cifra había crecido pues las estadísticas elaboradas por INDECOPI en mayo de 2002<sup>(9)</sup> revelaban que, a dicha fecha, el 54% de los procedimientos concursales tramitados a su cargo (es decir, más de la mitad) correspondían a tales sujetos.

Asimismo, es relevante señalar que lo expuesto no es reflejo de una situación aislada y propia a la realidad nacional, sino que trasciende nuestras fronteras. Así, Julio César Rivera da cuenta que “la insolvencia de las personas físicas se proyecta como un fenómeno cada vez más frecuente; así, recientemente se ha informado que más de 100,000 personas caen anualmente en quiebra en los Estados Unidos, lo cual lleva a estudiar la posibilidad de mejorar la legislación de ese instituto. Un fenómeno semejante se ha advertido en Francia, donde está vigente la ley que regula el sobreendeudamiento de particulares. En la Argentina también se advierte, aunque de modo empírico, sin

estadísticas seriamente realizadas, que se decretan numerosas quiebras de particulares (...)”<sup>(10)</sup>.

En adición a lo dicho, debe tenerse en consideración que por la naturaleza propia de la conformación de la estructura patrimonial de las personas naturales, ciertamente diferente a la que corresponde a las personas jurídicas o ideales, es posible (y, en efecto, se ha constatado en la práctica) que resulte más compleja la identificación de las obligaciones y bienes que deben ser tenidos en consideración en el marco de los procedimientos concursales de aquellas, generándose como consecuencia de ello ciertas particularidades en lo que al trámite concursal de tales sujetos concierne.

Por todo ello, estimamos de gran interés indagar acerca del peculiar tratamiento que se otorga al concurso de las personas naturales en el Perú. Para tal fin, en el presente trabajo analizaremos no solo la situación a la luz de la normativa actual, sino que, además, evaluaremos lo sucedido con relación a los procedimientos concursales de personas naturales desde la instauración del nuevo modelo de sistema concursal en nuestro país, ocurrida en 1992.

## 2. Evolución de los concursos de persona natural en el Perú

### 2.1. La restringida admisión inicial de la persona natural como deudora pasible de concurso

En el Decreto Ley 26116, Ley de Reestructuración Empresarial se estableció de modo expreso que este comprendía “(...) las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra de empresas”, agregando luego que “(...) se consideran empresas las establecidas o constituidas en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional”<sup>(11)</sup>.

(7) EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Insolvencia de Empresas versus Insolvencia de Personas Naturales ¿Se Justifica Regular la Insolvencia de Personas Naturales?* En: EZCURRA RIVERO, Huáscar. *Op. cit.*; p. 209.

(8) ÁREA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS DEL INDECOPI. *Documento de Trabajo 008-2000. Perfeccionamiento del Sistema de Reestructuración Patrimonial: Diagnóstico de una Década*. Lima: Separata Especial anexa del Diario Oficial *El Peruano*, 2000.

(9) Esa información se brindó en la ponencia denominada *El Sistema Concursal y su Reforma*, efectuada el 9 de julio de 2003 por la Secretaría Técnica de la Comisión de Reestructuración Patrimonial del INDECOPI en el marco del Programa de Inducción a Miembros de Comisiones Delegadas de Reestructuración Patrimonial.

(10) RIVERA, Julio César. *Intersecciones del Derecho de Familia y el Derecho Concursal: Comunicación sobre el Derecho Argentino*. En: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y otros. *El Derecho de Familia y los Nuevos Paradigmas (Compilación de los trabajos presentados en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia realizado en Mendoza en 1998)*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2000. p. 161.

(11) Artículo 1 del Decreto Ley 26116.

Asimismo, en el mencionado dispositivo se previó que lo dispuesto en él, regiría (...) para las personas naturales no consideradas empresas conforme al artículo 1, en lo que les resulte aplicable, según lo establezcan las normas complementarias al presente Decreto Ley<sup>(12)</sup>.

De la revisión de las mencionadas disposiciones se advierte que, en el contexto de la Ley de Reestructuración Empresarial existía un problema interpretativo relacionado con el ámbito de aplicación del mencionado cuerpo normativo, puesto que, por un lado no existía claridad en el texto legal acerca de los alcances y significado del término “empresa”<sup>(13)</sup> y, además, porque la propia ley señalaba que, luego que se dicten normas específicas destinadas a las personas naturales no consideradas empresas, la citada norma también resultaría aplicable a estas.

Luego, en razón de lo indicado en el párrafo anterior, surgía la duda acerca de si efectivamente había personas naturales que podían equipararse a la categoría de empresa para efectos de que al menos, independientemente de una regulación complementaria (virtualmente necesaria para que se de la posibilidad de concursar a las personas naturales no consideradas empresas), les alcance la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial.

Sobre el particular, resulta interesante atender a la referencia recogida por José Juan Haro<sup>(14)</sup> respecto del debate suscitado en el seno de la Junta de Acreedores del señor Moisés Ackerman Krikler en la que, según señala (...) se afirmó que la Ley si era aplicable a personas naturales, aun cuando el reglamento no se refiere expresamente a ellas y que, en cuanto a su régimen, existe un vacío legal que debe ser subsanado entendiendo

empresa como persona natural”<sup>(15)</sup>. Al respecto, acota Haro en reflexión que compartimos que, “de alguna forma, cuando se pretende la asimilación de los conceptos de persona natural y empresa se sostiene, implícitamente, que la Ley solo puede aplicarse a las personas naturales que ejercen actividad económica de tipo empresarial”.

Profundizando más su análisis sobre este tema, el autor ya mencionado señala que entre las principales concepciones doctrinarias relativas a la idea de “empresa” se encuentran (...) aquella que postula que la empresa es la organización de los factores de producción (concepción organicista); y (...) la que concibe a la empresa como una actividad económica (más propiamente, como la actividad económica del empresario)<sup>(16)</sup>.

Más adelante agrega Haro que parece más razonable admitir la postura que considera a la empresa como una actividad por cuanto (...) permite distinguir claramente a la empresa (como actividad económica del empresario), al empresario (como titular de la empresa) y, al establecimiento comercial (como conjunto de bienes que el empresario explota en la realización de su actividad económica)”. En este punto, es importante indicar que de acuerdo al jurista Manuel Broseta Pont el empresario es “la persona física o jurídica que en nombre propio y por sí o por medio de otro ejercita organizada y profesionalmente una actividad económica dirigida a la producción o a la mediación de bienes o de servicios para el mercado”<sup>(17)</sup>.

En función de lo expuesto en los párrafos precedentes, Haro concluye que “cuando el artículo 1 de la Ley de Reestructuración Empresarial define su ámbito de aplicación comprendiendo a todo tipo de empresas, debe entenderse que cualquier tipo de empresario (titular de empresa) es susceptible

(12) Primera Disposición Complementaria del Decreto Ley 26116.

(13) Si bien en el artículo 1 del Decreto Supremo 044-93-EF, Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, se incluía una definición del término “empresa”, esta en realidad no aportaba nada nuevo respecto de lo planteado en idéntico artículo de la mencionada ley. En efecto, la citada definición únicamente se señalaba que empresa es “la establecida o constituida en el país al amparo de las modalidades contempladas en la legislación nacional, con excepción de las contempladas en el tercer párrafo del artículo 1 de la Ley. Se incluye a las sucursales en el Perú de empresas o sociedades con sede en el extranjero”.

(14) HARO SEIJAS, José Juan. *Confusión de Confusiones: la Reestructuración Empresarial de las Personas Naturales*. En: *Themis*. Número 31, 1995. p. 264.

(15) Cuyo procedimiento de insolvencia se tramitó desde inicios de 1994 ante la extinta Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima (luego reemplazada en funciones por la Comisión de Salida del Mercado de la Oficina Descentralizada del INDECOP en la Cámara de Comercio de Lima, después denominada a su vez Comisión de Reestructuración Patrimonial en la misma entidad gremial) bajo el expediente 020-94/CRE-CAL.

(16) HARO SEIJAS, José Juan. *Op. cit.*; p. 281.

(17) BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, 1986. p. 57.

de ser declarado insolvente (y, posteriormente, que su actividad y su establecimiento sean reestructurados, liquidados o quebrados). De manera que el artículo 1 de la Ley admite implícitamente la declaración de insolvencia de las sociedades mercantiles, pero también de los empresarios individuales; vale decir, de aquellos que ejercen su actividad por su cuenta<sup>(18)</sup>.

Parece que este criterio fue finalmente acogido por los órganos competentes en materia concursal toda vez que, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se pronunció en 1995 indicando que<sup>(19)</sup> “(...) las disposiciones contenidas en la Ley de Reestructuración Empresarial aprobada por Decreto Ley 26116 solamente son aplicables a una persona natural en el caso que esta realice una actividad económica<sup>(20)</sup> (...)”.

Completando el planteamiento esbozado líneas atrás, es pertinente indicar que, en la medida que en el escenario de la Ley de Reestructuración Empresarial resultaba fundamental que el deudor persona natural califique como empresario individual, era necesario también entonces que se cuente con criterios que permitan identificar a los sujetos que cumplían con tal condición. Por ello, nos permitimos transcribir a continuación el análisis efectuado a nivel jurisprudencial por un órgano funcional del sistema concursal nacional<sup>(21)</sup>:

“En el caso del empresario individual se requiere que el mismo tenga capacidad, y se dedique habitualmente a la actividad empresarial (...) Pero lo más importante es que dicha actividad ha de ser ejercida por cuenta propia, esto es, que se adquieran derechos y obligaciones por

consecuencia del ejercicio de la actividad (...) Ello debido a que, a diferencia de las personas jurídicas que son creadas con la finalidad de realizar una cierta actividad comercial o industrial, no existe en el caso de las personas físicas un acto formal que distinga su actividad y su patrimonio afecto a fines empresariales del que no lo está, por lo que la acreditación de la calidad de empresa de tales individuos depende de la efectiva demostración del ejercicio (...) de la actividad que manifiestan desarrollar<sup>(22)</sup>”.

## **2.2. La Ley de Reestructuración Patrimonial y la posibilidad de someter a concurso a cualquier persona natural**

Posteriormente, cuando fue derogada la Ley de Reestructuración Empresarial en setiembre de 1996 y se expidió el Decreto Legislativo 845; Ley de Reestructuración Patrimonial, este dispositivo estableció “(...) las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, disolución, liquidación, y quiebra de las empresas, así como los mecanismos para la reprogramación global de obligaciones contraídas con anterioridad al estado de insolvencia. Las normas contenidas en el Título VII de la presente ley serán de aplicación al patrimonio de las personas naturales que no sean consideradas empresas conforme a las definiciones de la presente ley, así como al de las personas jurídicas que no realizan actividad empresarial. No están comprendidas en la presente ley las empresas y entidades sujetas a la supervisión de las Superintendencias de Banca y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones. La reestructuración y liquidación de

(18) HARO SEIJAS, José Juan. *Op. cit.*; p. 282.

(19) La glosa corresponde a la resolución 409-95-INDECOPI/TDCPI recaída en el expediente 029-94, emitida en relación al procedimiento de insolvencia del señor Javier Ponce Riofrío.

(20) Aunque en realidad el término empleado en este caso por el Tribunal del INDECOPI “actividad económica” no fue el más apropiado, pues no necesariamente ella equivale a la noción de “actividad empresarial”.

(21) La glosa que se transcribe a continuación corresponde a la resolución 0184-2000/CAH-ODI-CCPL, expedida con fecha 15 de setiembre de 2000 por la Comisión *Ad Hoc* de la Oficina Descentralizada del INDECOPI en el Colegio de Contadores Públicos de Lima en relación con el procedimiento transitorio (regulado por Decreto de Urgencia 064-99) del señor Raúl Eulogio Velásquez Ramírez. Cabe anotar que si bien la resolución que se cita no fue expedida propiamente en el marco de un procedimiento de insolvencia, contiene un análisis sumamente útil acerca del tema de los empresarios individuales y la actividad empresarial que estamos analizando.

(22) En sentido contrario, cabe indicar a modo de ejemplo que, mediante resolución 0393-2001/TDC-INDECOPI del 20 de junio de 2001, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI confirmó la declaración de nulidad del procedimiento concursal de la deudora involucrada en el mismo, por cuanto no era suficiente acreditar que esta era accionista de una empresa para demostrar que realizaba actividad empresarial, dado que las sociedades mercantiles tienen personalidad jurídica autónoma, distinta de las de sus socios. Así, en tal caso, quien realizaba la actividad realmente era la sociedad mercantil y no sus accionistas. Esto por cuanto, insistimos, la empresa debe entenderse, para configurarse como tal, como aquel conjunto de actividades propias a un determinado sujeto que están dirigidas a la producción de bienes o servicios para el mercado.

---

(...) en la vigente Ley General del Sistema Concursal no se restringe la posibilidad de sometimiento a concurso exclusivamente a las personas naturales que ejercen actividad empresarial.

---

las Sociedades Agentes de Bolsa se rige por sus normas especiales y, supletoriamente, por lo dispuesto en la presente ley, en lo que fuere aplicable (...)<sup>(23)</sup>.

De la revisión del mencionado dispositivo se advierte que, más allá de alguna imperfección en el uso de los términos<sup>(24)</sup>, se incorporó en el ámbito de aplicación de la normatividad concursal a todas las personas naturales, incluyendo a aquellas que no efectuaban actividad empresarial a las que, tal como ya se explicó, se había dejado de lado en el contexto de la interpretación de la Ley de Reestructuración Empresarial.

Es oportuno hacer mención también a la incidencia aplicativa de los nuevos procedimientos alternativos a la insolvencia incorporados a nuestro sistema concursal mediante el Decreto Legislativo 845. Al respecto, es menester indicar que en la exposición de motivos de la Ley de Reestructuración Patrimonial<sup>(25)</sup> se señala que el procedimiento simplificado alcanzaba a cualquier persona natural o jurídica considerada empresa<sup>(26)</sup> “con deudas no mayores de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias”, en tanto que el concurso preventivo se estableció como un procedimiento al cual “puede acogerse cualquier persona”.

En otras palabras, cualquier persona natural podía someterse (a igual que en el caso de la insolvencia bajo el esquema de la Ley de Reestructuración Patrimonial) al procedimiento de concurso preventivo, en tanto que para el caso del procedimiento simplificado resultaba necesario que el deudor persona natural efectúe una actividad empresarial, es decir, que sea un empresario individual, aunque eso sí, cabe recalcar, de pequeña o a lo sumo mediana magnitud<sup>(27)</sup>.

### **2.3. La Ley General del Sistema Concursal y la confusión generada acerca de los alcances aplicativos de las normas relativas al sometimiento a concurso de personas naturales**

En el artículo 1 de la Ley 27809, Ley General del Sistema Concursal, se estableció que para efectos de la aplicación de sus normas se consideraría que una persona natural podía ser catalogada como deudora.

Hasta ahí parecería que la nueva ley de concursos habría mantenido un ámbito de aplicación idéntico a aquel que rigió bajo el esquema de la Ley de Reestructuración Patrimonial, en el cual era factible someter a concurso a toda persona natural y a toda sociedad conyugal sujeta al régimen de sociedad de gananciales. Sin embargo, dicha apreciación tiene algunos matices tal como se advertirá a continuación.

En efecto, el inciso 4 del artículo 24 de la propia Ley General del Sistema Concursal proclama que cualquier persona natural, sociedad conyugal o sucesión indivisa que desee someterse voluntariamente a un procedimiento concursal (sea ordinario o preventivo)<sup>(28)</sup> debería encontrarse<sup>(29)</sup> en “al menos uno de los siguientes supuestos: (i) que más del 50% de sus ingresos se deriven del

(23) Artículo 2 del Decreto Legislativo 845.

(24) Pues se siguió aludiendo a personas naturales no consideradas empresas “conforme a las definiciones de la presente ley”, siendo que lo correcto, conforme se ha evaluado previamente, hubiese sido referirse a las personas naturales o físicas no consideradas como empresarios. Ello al parecer sucede así por cuanto, en la Ley de Reestructuración Patrimonial se ha seguido la concepción organicista de empresa, en vez de la concepción “activista” (aquella que entiende que la empresa es más bien una actividad). En efecto, en el artículo 1 de la Ley de Reestructuración Patrimonial se define a la empresa como “toda organización económica y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, con el objeto de producir bienes o prestar servicios (...)”.

(25) *Op. cit.*; p. 264.

(26) Es decir, insistimos, personas que ejercen actividad empresarial.

(27) Esta afirmación encuentra su sustento en la cuantía máxima admitida de pasivos (200 UIT) que legitiman al deudor para dar inicio al procedimiento simplificado.

(28) Este último por remisión del artículo 113 de la Ley General del Sistema Concursal a las disposiciones del procedimiento concursal ordinario.

(29) Cabe resaltar que las exigencias especiales a personas naturales comprendidas en los alcances del inciso 4 del artículo 24 materia de comentario, no sustituyen a aquellos otros requisitos para sometimiento a concurso contemplados

ejercicio de una actividad económica desarrollada directamente y en nombre propio por los mencionados sujetos; (ii) que más de las dos terceras partes de sus obligaciones se hayan originado en la actividad empresarial desarrollada por los mencionados sujetos y/o por terceras personas, respecto de las cuales aquellos hayan asumido el deber de pago de las mismas. Se incluye para estos efectos, las indemnizaciones y reparaciones por responsabilidad civil generadas con el ejercicio de la referida actividad”.

¿Acaso la norma recién citada, de manera contraria a nuestra apreciación inicial, viene a significar un retorno al esquema restringido de la Ley de Reestructuración Empresarial dentro del cual solamente cabía someter a concurso a deudores calificables como empresarios?

Sobre este particular, para efectos de dar respuesta a la interrogante planteada en el párrafo precedente, es pertinente acudir a una jurisprudencia expedida en fecha relativamente reciente por la Sala Concursal del Tribunal del INDECOPI, de acuerdo a la cual se señaló que<sup>(30)</sup>: “(...) por resolución 3418-2002/CCO-ODI-PUC del 31 de octubre de 2002, la Comisión declaró improcedente la solicitud (...) argumentando que la sociedad conyugal, al no desarrollar actividad empresarial, no acreditó encontrarse en una de las causales del inciso 4 del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal, a fin de poder iniciar un procedimiento concursal preventivo.

El 6 de noviembre de 2002, la sociedad conyugal interpuso recurso de apelación contra la resolución antes referida, alegando que sí había cumplido con uno de los supuestos previstos en la ley, puesto que en su solicitud indicó que la totalidad de sus ingresos provenían del arrendamiento de su único inmueble (...)

(...) uno de los requisitos previstos para que una sociedad conyugal pueda acogerse a un

procedimiento concursal preventivo, es que esta acredite que más del 50% de sus ingresos se deriven del ejercicio de una actividad económica conforme a lo dispuesto en el literal a del inciso 4 del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal.

En su solicitud, la sociedad conyugal no manifestó en ningún momento que realizaba actividad empresarial, sino que el total de sus ingresos provenía del arrendamiento de su único bien inmueble. No obstante ello, la Comisión omitió efectuar el análisis correspondiente para determinar si el ejercicio de dicha actividad calificaba como actividad económica en los términos previstos en la Ley y, a partir de ello, establecer si correspondía admitir a trámite la solicitud de la deudora para acogerse al procedimiento concursal preventivo<sup>(31)</sup>.

(...) Dado que la Comisión no cumplió con motivar adecuadamente la resolución 3418-2002/CCO-ODI-PUC, corresponde declarar la nulidad de dicho acto administrativo, disponiéndose que el citado órgano funcional emita un nuevo pronunciamiento cumpliendo con motivarlo”.

Cabe señalar que conforme a lo dispuesto por la Sala Concursal, el expediente fue derivado a la Comisión Delegada de Procedimientos Concursales en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Esta, por su parte, procedió a reiniciar la evaluación del expediente cuya resolución fue anulada, emitiendo como consecuencia de ello un nuevo pronunciamiento en los siguientes términos: “(...) corresponde que la Comisión determine los alcances del concepto actividad económica y actividad empresarial para así determinar si la sociedad conyugal se encuentra dentro de uno de los supuestos”<sup>(32)</sup>.

Como es sabido, la economía trata de resolver el problema de cómo satisfacer las necesidades humanas con recursos escasos y susceptibles de usos alternativos, esto es la asignación eficiente de recursos escasos.

en el inciso 1 del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal que se aplican a todo deudor sin excepción (incluidas las personas naturales), sino que, más bien, constituyen parámetros necesarios adicionalmente impuestos por nuestros legisladores únicamente a las personas físicas a efectos de su sometimiento a concurso.

(30) La glosa corresponde a la resolución 0091-2003/SCO-INDECOPI expedida el 11 de febrero de 2003 en relación con el procedimiento concursal preventivo de la Sociedad Conyugal Julio Augusto Frías Carmona – Carmen Rosa Tinoco Giraldo tramitado en primera instancia ante la Comisión Delegada de Procedimientos Concursales de la Oficina Descentralizada del INDECOPI en la Pontificia Universidad Católica del Perú bajo expediente 0311-CP-2002/CCO-ODI-PUC.

(31) Por el contrario, la Comisión Delegada de Procedimientos Concursales en la Pontificia Universidad Católica del Perú limitó su razonamiento en esa oportunidad, a indicar que el arrendamiento del inmueble del cual provenían los ingresos de la sociedad conyugal no era producto de una actividad calificable como “empresarial”, obviando cualquier mención a la “naturaleza económica” que podría ostentar la mencionada actividad.

(32) La glosa corresponde a la resolución 0678-2003/CCO-ODI-PUC expedida el 27 de marzo de 2003.

Con relación al primer concepto, se define actividad económica como la que comprende a aquella parte de la actividad humana encaminada a la producción e intercambio de bienes y servicios. En ese orden de ideas, podemos apreciar que el término actividad económica incorpora un sentido amplio de las actividades realizadas por las personas en su vida de relación social siempre que estas impliquen producción, intercambio o transferencia de bienes o servicios, con la finalidad de satisfacer sus propias necesidades.

En sentido contrario, debemos entender como actividad empresarial solo aquella actividad económica, desarrollada de manera habitual y autónoma, en la que confluyan factores de producción, capital y trabajo, realizada con el objeto de producir bienes o prestar servicios, esto es una asignación de recursos escasos con el fin de generarse mayores utilidades.

En tal sentido, solo debe entenderse que será considerada como actividad empresarial aquella actividad, que si bien es considerada como actividad económica, es desarrollada por un sujeto de forma habitual y autónoma siempre que confluyan los elementos mencionados anteriormente y generen beneficios o utilidades para los sujetos intervinientes.

Así, podemos pensar en un sujeto que realiza una determinada actividad como dedicarse al alquiler de un inmueble obteniendo por ello una utilidad o ganancia la cual es utilizada para realizar constantes mejoras en este inmueble, con lo cual podemos apreciar que este sujeto al hacer uso de dicha utilidad para la generación de nuevas riquezas y así sucesivamente, se estaría generando mayores beneficios de manera indefinida, con lo cual podemos concluir que la intención de este sujeto en la economía es generar mayores utilidades en el desarrollo de su actividad -alquiler del inmueble.

En otro sentido, podemos pensar en este sujeto que realiza el alquiler del mismo inmueble obteniendo utilidades o ganancias por el alquiler la cual es utilizada para sus gastos personales de subsistencia, con lo cual el mismo sujeto económico tendría como finalidad de su actividad no la generación de nuevas riquezas sino solo su subsistencia.

En atención a los ejemplos mencionados anteriormente, podemos precisar que el sujeto

económico realizaba la misma actividad con la diferencia de la finalidad otorgada a la utilidad o beneficio obtenido en el desarrollo de esta, con lo cual podemos colegir que en un sentido más estricto de la definición otorgada a actividad económica y actividad empresarial se debe tener en consideración la finalidad otorgada por el sujeto económico a la actividad desarrollada a efectos de determinar si es considerada como económica o empresarial.

En este sentido, esta Comisión es de la apreciación que se debe tener en consideración además de los factores intervinientes en la actividad realizada, el fin otorgado al acto, debiendo considerar solo como actividad empresarial a aquel acto realizado con la finalidad de generar para sí mayores beneficios o utilidades”.

En este orden de ideas, es pertinente indicar entonces que de acuerdo a lo sugerido por la jurisprudencia comentada, la actividad empresarial a que se refiere el literal b del inciso 4 del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal es finalmente una actividad económica calificada, es decir, una que tiene ciertos rasgos característicos y distintivos peculiares como es, fundamentalmente, el caso de la finalidad lucrativa.

A mayor abundamiento, a efectos de reforzar la afirmación vertida en el párrafo precedente, resulta pertinente revisar lo ocurrido durante el proceso de elaboración y discusión del proyecto normativo que luego dio lugar a la vigente Ley General del Sistema Concursal. Al respecto, cabe mencionar que en el documento elaborado por INDECOPI denominado “Proyecto de Ley General del Sistema Concursal: Exposición de Motivos - Resumen Ejecutivo”<sup>(33)</sup> se indicó que un aporte que se planteaba incorporar en la nueva legislación concursal estaba referido a los supuestos que deberían constatarse respecto de “(...) las personas naturales, las sociedades conyugales y las sucesiones indivisas, a efectos de que puedan ingresar al procedimiento concursal ordinario”. Con relación a ello, el documento recién descrito precisó lo siguiente:

“En ese sentido, la norma prescribe que más del 50% de los ingresos de tales sujetos de derecho se deriven del ejercicio de una actividad empresarial desarrollada directamente y en nombre propio o que más de los dos tercios de sus obligaciones se hayan originado en la actividad empresarial

(33) Publicado en la página web del INDECOPI (<http://www.indecopi.gob.pe>) en el 2002.

desarrollada por ellos y/o por terceras personas, respecto de los cuales aquellos hayan asumido el deber de pago de las mismas. Lo anterior supone restringir, en cierta medida, el ingreso al sistema de sujetos de derecho distintos a personas jurídicas que realizan actividad empresarial, por cuanto las disposiciones de la presente Ley se orientan a contenidos corporativos que implican decisiones de carácter empresarial y que, por tanto, se aleja del tratamiento de crisis que puede otorgarse a personas o entes de naturaleza distinta a los mencionados”.

No obstante ello, pese a la intención plasmada en el citado proyecto normativo referida a restringir la aplicación de la normatividad concursal, orientándola exclusivamente al tratamiento de crisis de índole empresarial y, por ende, a su aplicación solo respecto de sujetos dedicados a una actividad empresarial, resulta importante mencionar que posteriormente, en el Congreso de la República se determinó la necesidad de variar dicha característica de la norma proyectada. Prueba de ello es la siguiente transcripción relativa a las opiniones vertidas por algunos congresistas en el seno de la Comisión Permanente del Congreso de la República en razón del debate finalmente conducente a la aprobación de la Ley General del Sistema Concursal<sup>(34)</sup>:

“El señor Alvarado Dodero (FIM)<sup>(35)</sup>. En el artículo 24, punto 4, para efecto de que las personas naturales se acojan a este procedimiento, se plantea que 50% de sus ingresos se deriven del ejercicio de una actividad de comercio, desarrollada directamente o con nombre propio por los mencionados sujetos. Pueden ser no solamente actividades de comercio, podrían ser actividades profesionales también. Y, bueno, servicios entendemos que puede estar en comercio.

(...) Luego en la segunda parte, Rodrich Ackerman<sup>(36)</sup> Presidente de la Comisión de

Economía actual informa los cambios hechos en función a las propuestas.

(...) De la sugerencia del congresista Fausto Alvarado, se ha recogido la recomendación y modificado el artículo 24 punto 4, estableciendo que para postular a la actividad concursal se requiere que más del 50% de los ingresos se deriven del ejercicio de actividades económicas, término mucho más amplio que actividad<sup>(37)</sup> (*sic*) y comercio (...)”.

Como consecuencia de lo expuesto, se advierte que en la vigente Ley General del Sistema Concursal no se restringe la posibilidad de sometimiento a concurso exclusivamente a las personas naturales que ejercen actividad empresarial, sino que por el contrario, sigue abierta la posibilidad de que aquellas ingresen al Sistema Concursal, aún cuando no se dediquen a una actividad de tal naturaleza. En nuestra opinión, son argumentos que confirman esta posición los siguientes:

a) La discusión sostenida a nivel del Congreso de la República en vísperas del debate final que condujo a la aprobación de la norma concursal vigente, denota que la voluntad de nuestros legisladores se orientó hacia la permanencia de la aplicación de los procedimientos concursales a toda persona natural, sin importar si efectúa o no actividad empresarial.

b) Si bien en el literal b del inciso 4 del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal se exige necesariamente la existencia de actividad empresarial (a diferencia del ya comentado literal a del mismo artículo), para medir en función a ella si se ha alcanzado un nivel mínimo de obligaciones<sup>(38)</sup> de cargo de la persona natural derivados de actos relacionados al ejercicio de una actividad de tal índole, es importante precisar que las referidas obligaciones podrían perfectamente haberse generado en razón de la actividad empresarial de un sujeto distinto a las citadas

(34) La transcripción efectuada en el presente trabajo fue obtenida del acta correspondiente a la sesión de la Comisión permanente del Congreso de la República celebrada el 18 de julio de 2002, que se difundió a través de la página web del Congreso (<http://www.congreso.gob.pe>). Cabe anotar que en dicha reunión se definió el texto final de la Ley General del Sistema Concursal, publicada pocos días después en el Diario Oficial *El Peruano* (esto último sucedió el 8 de agosto de 2002).

(35) La alusión es al congresista Fausto Alvarado Dodero, perteneciente a la bancada del Frente Independiente Moralizador.

(36) La referencia es al congresista Jacques Rodrich Ackerman, perteneciente en aquel entonces a la bancada de Perú Posible.

(37) Al parecer se quiso decir aquí actividad “empresarial”, habiéndose omitido anotar esta última palabra.

(38) Conforme se advierte de la revisión de la mencionada norma, se requiere que al menos dos tercios de las obligaciones de cargo del deudor sean derivadas del ejercicio de una actividad empresarial.

personas naturales<sup>(39)</sup>, quienes se podrían haber responsabilizado del pago de esas obligaciones, en principio ajenas a ellas, debido a alguna circunstancia peculiar como sería el caso de la asunción de alguna garantía de tipo personal (aval, fianza, etcétera).

En efecto, nada obsta que, por ejemplo, el accionista de una sociedad anónima (quien sin necesariamente ser una persona natural que ejerza a nombre propio una actividad empresarial, pueda contar con un importante patrimonio a su nombre) otorgue fianza a favor de una entidad bancaria a efectos de asegurar la obtención de un préstamo que permita el financiamiento de las actividades del negocio al que se dedica la empresa de su propiedad, supuesto en el cual el citado accionista también tendría la calidad de deudor frente al banco de similares obligaciones a las contraídas ante aquel por la sociedad anónima. Esta situación, expresamente aceptada por ley, demuestra claramente que la Ley General del Sistema Concursal permite en los supuestos previstos en su inciso del artículo 24, que las personas naturales que no realizan actividad empresarial se sometan a concurso.

c) Pese a lo afirmado en el punto precedente, debe hacerse la salvedad consistente en que, no todas las personas naturales podrían someterse voluntariamente a un procedimiento concursal ordinario o preventivo en observancia precisamente del ya citado artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal. En efecto, como ya explicamos, no será necesario que tal tipo de deudora ejerza actividad empresarial<sup>(40)</sup>, pues no ejerciéndola, cabría aún que hayan asumido obligaciones de terceros que sí efectúan actividad empresarial, situación que las comprendería en el contexto de la norma. De igual modo, sería factible que tales deudoras, sin ejercer actividad empresarial, obtengan una porción significativa de sus ingresos de una actividad económica desarrollada directamente y en nombre propio, lo que las haría susceptibles de verse inmersas en el Sistema Concursal. Pero, ¿qué sucedería en

cambio, por ejemplo, con aquella persona natural cuyas obligaciones se derivan no de actos de empresa sino más bien de operaciones de consumo (caso de las tarjetas de crédito o aquellas otras propias a los grandes almacenes) y que, además, obtiene sus ingresos de fuentes distintas a la actividad económica directamente ejercida por ella (como es el caso de un fondo de jubilación, los recursos obtenidos en razón de una herencia o el aporte de familiares o terceras personas)? Al respecto, somos de la opinión que en caso concurren los supuestos mencionados en la pregunta precedente, no cabría que tal persona se someta a las disposiciones de la Ley General del Sistema Concursal, por encontrarse claramente fuera de su ámbito de aplicación. Como consecuencia de lo indicado, puede colegirse que bajo el esquema de la Ley General del Sistema Concursal, las personas naturales podrán en principio someterse voluntariamente a los procedimientos concursales previstos en el referido cuerpo normativo, así no ejerzan actividad empresarial, siempre que demuestren que, o bien son responsables indirectas de una mayoría calificada de obligaciones contraídas por terceras personas que desarrollan actividad empresarial, o, en su caso, que la mayoría de sus ingresos se derivan de una actividad de carácter económico directamente ejercida por ellas.

d) Si bien el inciso 4 del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal establece ciertos parámetros que permiten el sometimiento a concurso de casi todas las personas naturales, salvo las excepciones explicadas en el punto precedente, es menester acotar que existen otras vías de acceso al sistema concursal (específicamente al procedimiento concursal ordinario) no voluntarias para el deudor, en las cuales no son de aplicación las restricciones recién aludidas que se generan para las personas naturales. En efecto, el inciso 1 del artículo 26 de la Ley General del Sistema Concursal establece la regulación para el supuesto del inicio del

(39) En efecto, en el literal b del inciso 4 en el artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal se hace referencia a “que más de las dos terceras partes de sus obligaciones se hayan originado en la actividad empresarial desarrollada por los mencionados sujetos y/o por terceras personas (...)”. En ese sentido, la norma vigente admite que las obligaciones de cargo de las personas naturales o sociedades conyugales sean también de “carácter indirecto”.

(40) Aunque cabe precisar que, aun ejerciendo tal actividad empresarial, las personas naturales no tienen garantizado el acceso al concurso, puesto que para ello será necesario que la gran mayoría de sus obligaciones, como ya se dijo, se deriven de tal actividad. Así, si no se alcanza el 66,6% de obligaciones de carácter empresarial (por estar el saldo de deuda distribuido entre obligaciones de consumo, pagos a centros de estudio, afiliación a centros de esparcimiento, etcétera), la persona natural no estará apta para ingresar por esa causal al Sistema Concursal.

procedimiento concursal ordinario a instancia de acreedores<sup>(41)</sup>, en tanto que la Segunda Disposición Modificatoria de la citada ley<sup>(42)</sup> contiene las disposiciones relativas a la liquidación patrimonial directa decretada por el órgano jurisdiccional ante el caso que en un proceso judicial de ejecución de obligaciones el deudor no señale bienes libres de gravamen para cumplir con el pago de las obligaciones a su cargo.

Tenemos la firme convicción que lo previsto en el inciso 4 del artículo 24 de la Ley General de la Ley General del Sistema Concursal no resulta aplicable a los concursos de personas naturales iniciados al amparo de alguna de las modalidades expuestas en el párrafo precedente, por cuanto se trata de vías de acceso al procedimiento concursal ordinario distintas a aquellas que se generan por iniciativa propia del deudor y porque, tal como consagra nuestro ordenamiento civil. “La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía”<sup>(43)</sup>.

Ciertamente, los supuestos contemplados en el inciso 4 del artículo 24 de la normatividad concursal vigente, restringen los derechos de determinadas personas naturales (aquellas que no se encuentran en al menos alguno de los supuestos consagrados en el citado artículo legal) para plantear una solicitud de inicio de concurso, mas no se refieren en absoluto a la limitación del ámbito de aplicación de la Ley General del Sistema Concursal sobre tales deudoras, ni a otros supuestos de sometimiento a un procedimiento concursal distinto al ya comentado. Por ello, mal haría la autoridad concursal si pretendiese aplicar de manera extensiva las ya explicadas restricciones del inciso 4 del artículo 24 de la Ley General del Sistema Concursal a los procedimientos concursales que se siguen frente a personas naturales por vías ajenas al sometimiento voluntario de estas, único caso en que serían de aplicación.

### **3. Exigencias normativas adicionales para someter a concurso a una persona natural casada**

En adición a lo analizado en el acápite 2.3 del presente trabajo de investigación, debemos hacer

referencia a una peculiar regla contenida en el inciso 2 del artículo 14 de la Ley General del Sistema Concursal. Dicha norma dispone que:

“El deudor cuyo patrimonio se encuentre sujeto al régimen de sociedad de gananciales deberá sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios, lo que permita la identificación exacta de los bienes que integrarán su patrimonio comprendido en el procedimiento. Para tal efecto, el deudor procederá a variar el régimen de sociedad de gananciales por la separación de patrimonios de conformidad con las exigencias y formalidades previstas en el Código Civil. Esta condición constituye requisito de admisibilidad para el caso del deudor que pretenda su sometimiento al régimen concursal previsto en esta Ley”.

De igual modo el inciso 3 del artículo 14 del referido cuerpo normativo establece lo siguiente:

“En caso de que fuera emplazado un deudor sujeto al régimen de sociedad de gananciales y se declarara su sometimiento al régimen concursal, deberá proceder a satisfacer la exigencia prevista en el párrafo anterior de manera previa a la convocatoria a la junta de acreedores que disponga la Comisión. Durante la tramitación de este procedimiento y en tanto la exigencia no se satisfaga, los plazos quedarán suspendidos y no será de aplicación la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio, regulados en los artículos 17 y 18 de la Ley”.

Conforme se advierte de la revisión de los textos legales recién mencionados, toda persona natural casada, cuya sociedad conyugal se encuentre sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en caso considere la opción de dar inicio a un procedimiento concursal por propia iniciativa<sup>(44)</sup> para efectos de afrontar un problema de crisis patrimonial personal e individual (no del patrimonio autónomo conyugal del matrimonio que integra, cabe precisar), deberá previa y necesariamente sustituir dicho régimen por el de separación de patrimonios, a fin de permitir (según reza la Ley General del Sistema Concursal) la identificación exacta de los bienes que integrarán su patrimonio comprendido en el procedimiento.

(41) Supuesto que opera cuando los acreedores solicitantes demuestran ser titulares de créditos exigibles y vencidos por más de treinta días calendario, cuya cuantía supere el valor de 50 UIT.

(42) Por medio de la cual se modificó el texto del artículo 703 del Código Procesal Civil.

(43) Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

(44) Supuesto del inciso 2 del artículo 14 de la Ley General del Sistema Concursal.

De igual modo, es totalmente *sui generis* la disposición establecida por la propia Ley General del Sistema Concursal en lo que concierne al sometimiento a procedimiento concursal ordinario de una persona natural sujeta al régimen de sociedad de gananciales por iniciativa de sus acreedores<sup>(45)</sup>. Dicha norma establece que, una vez sometido el deudor a concurso y, de manera previa a la convocatoria a instalación de la respectiva junta de acreedores (aunque ciertamente luego de difundida y publicitada su situación de concurso con los efectos que ello conlleva) el individuo concursado deberá variar el régimen patrimonial de la sociedad conyugal que integra de una sociedad de gananciales hacia una separación de bienes, también (al igual que en el caso de los procedimientos concursales postulados directamente por las propias personas naturales deudoras) para efectos de identificar con precisión los bienes que integrarán su patrimonio comprendido en el procedimiento, siendo que, entre tanto ello no ocurra, los plazos quedarán suspendidos y no será de aplicación la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio.

A mayor abundamiento, la explicación acerca de la justificación de la incorporación de tales dispositivos en nuestra normativa concursal ha sido expuesta en una jurisprudencia expedida por el Tribunal del INDECOPI, cuya parte pertinente reproducimos a continuación<sup>(46)</sup>:

“El inciso 3 del artículo 14 de la Ley General del Sistema Concursal señala que, en caso que un deudor sujeta al régimen patrimonial de sociedad de gananciales fuese emplazado y posteriormente se declarase su sometimiento a concurso, deberá proceder a seguir el procedimiento judicial de inventario y liquidación judicial previsto en el Código Civil en forma previa a la convocatoria a junta de acreedores, a efectos de permitir la identificación exacta de los bienes que formarán parte del patrimonio sometido a concurso (...)

Lo anterior se sustenta en el principio de universalidad, expuesto en el artículo IV del Título Preliminar, según el cual el patrimonio sujeto a los procedimientos concursales comprende la totalidad de bienes, derechos y obligaciones del deudor concursado, con las excepciones previstas expresamente por la ley.

La determinación del patrimonio del deudor resulta fundamental a fin de garantizar un óptimo desarrollo del procedimiento concursal (lo cual redundaría en una mayor protección del crédito), toda vez que el colectivo de acreedores involucrado en la crisis patrimonial del deudor podrá, a partir del conocimiento exacto del estado patrimonial del deudor sometido a concurso, adoptar las decisiones más eficientes para el pago de sus créditos mediante la evaluación y utilización de los instrumentos idóneos para maximizar el valor del patrimonio en crisis.

Por tal razón la norma ha impuesto al deudor el deber de realizar el procedimiento judicial de inventario y liquidación de los bienes sociales con anterioridad a la convocatoria a Junta de Acreedores, a fin de que este órgano deliberativo adopte los acuerdos más beneficiosos para la masa de acreedores sobre la base de la determinación exacta del patrimonio objeto del concurso. De no contarse con dicha información, las decisiones que pudiera tomar la Junta podrían tornarse estériles al resultar impracticables sobre un patrimonio inferior al previsto o hasta inexistente, con el consiguiente perjuicio que ello ocasionaría a los acreedores (...)

En consecuencia, no habiéndose acreditado la identificación exacta de los bienes que integran el patrimonio del señor Salazar<sup>(47)</sup>, correspondía que la Comisión declare la suspensión del procedimiento concursal ordinario de dicho deudor (...)

Habíamos señalado en la introducción del presente documento que cuando se determina la existencia de una situación de crisis generalizada, los acreedores no pueden reclamar individualmente el pago de lo que el concursado les adeuda, sino

(45) Supuesto a que se refiere el inciso 3 del artículo 14 de la Ley General del Sistema Concursal.

(46) La glosa corresponde a la resolución 0603-2003/SCO-INDECOPI emitida con fecha 14 de julio de 2003 por la Sala Concursal del Tribunal del INDECOPI en el marco del procedimiento concursal ordinario promovido por la empresa El Gran Marqués S.A. y la señora María Virginia Olivera García frente al señor Fidel Armando Salazar Salinas. Cabe señalar que el trámite del referido procedimiento se desarrolló en primera instancia ante la Comisión de Procedimientos Concursales en la Universidad de Lima.

(47) Cabe señalar que de la información obrante en la resolución bajo análisis se advierte que el señor Fidel Armando

que deben someterse al trámite establecido por la normativa concursal, para que sus derechos sean reconocidos, en un procedimiento de índole colectiva. No obstante ello, la norma del artículo 14.3 comentada en los párrafos precedentes diluye todo este razonamiento y genera un efecto opuesto al habitual en los concursos, en la medida que permite que, a la par que se hace pública la situación de crisis de la persona natural, sus acreedores, al no tener “frenos legalmente establecidos” (por la inexistencia de los beneficios de suspensión de exigibilidad de obligaciones y marco de protección patrimonial que normalmente acompañan la difusión del concurso), ni incentivos para negociar (por la suspensión del procedimiento administrativo de carácter colectivo) se encuentran en aptitud de iniciar la ya comentada “carrera por cobrar” que es ineficiente e injusta desde todo punto de vista.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario mencionar que, adicionalmente, existe otro dispositivo en nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso del artículo 330 del Código Civil que prevé lo siguiente<sup>(48)</sup>:

“La declaración de inicio de procedimiento concursal ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio a solicitud de la comisión de procedimientos concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado.

No obstante lo anterior, en el supuesto de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia respecto de la sociedad conyugal que integra, no se producirá la consecuencia prevista en el párrafo precedente en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento”.

Conforme se puede advertir de la revisión del texto legal recién transcrito, su finalidad consiste,



de manera similar a lo planteado en los artículos 14.2 y 14.3 de la Ley General del Sistema Concursal, en la variación del régimen patrimonial de la sociedad conyugal que integra el concursado de una sociedad de gananciales hacia una separación de patrimonios. Sin embargo, a diferencia de aquellas normas, la contemplada en el Código Civil no establece una suspensión o paralización del procedimiento administrativo supeditada a un cambio de régimen patrimonial, sino exclusivamente un deber de efectuar las inscripciones registrales que den inicio a toda la operación conducente a la efectiva separación de patrimonios.

Adicionalmente, el citado artículo 330 contiene un segundo párrafo en el que se plantea, a modo de excepción que, ante la eventualidad de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal ordinario de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento concursal (ordinario o preventivo) previamente difundido respecto de la sociedad conyugal sujeta a régimen de gananciales que integra aquella, no se producirá el efecto de sustitución del régimen de sociedad de gananciales

Salazar Salinas conformaba conjuntamente con la señora Mercedes Soledad Ortega Regalado, una sociedad conyugal sujeta al régimen de sociedad de gananciales.

(48) La versión que se transcribe del referido artículo, es aquella vigente desde el 7 de octubre de 2002 en mérito a lo establecido en la Primera Disposición Modificatoria de la Ley General del Sistema Concursal.

por el de separación de patrimonios en tanto se encuentre en desarrollo el procedimiento que involucra a tal sociedad conyugal.

Lo anterior por cuanto, de admitirse y exigirse tal variación de régimen patrimonial, se podría estar obviando la voluntad del colectivo de los acreedores de la sociedad conyugal, imponiéndoseles quizás una liquidación del patrimonio autónomo conyugal concursado no deseada por ellos, cuando la evaluación del mencionado conglomerado de titulares de créditos se podría estar orientando más bien hacia un refinanciamiento de obligaciones o una reestructuración patrimonial. Ciertamente, una solución que no contemplase la existencia previa del procedimiento concursal de la sociedad conyugal (como afortunadamente si lo hace nuestra normativa) atentaría contra la seguridad jurídica y debilitaría la eficacia de nuestro ordenamiento jurídico al generar toda una actividad procesal administrativa que, en el caso de los concursos de sociedades conyugales, se encontraría bajo un permanente riesgo de verse neutralizada por el simple sometimiento a procedimiento concursal ordinario de una de las personas naturales que integra la unión conyugal también concursada.

Volviendo específicamente al tema del cambio del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales de una sociedad conyugal hacia uno de separación de patrimonios en razón del concurso de uno de los cónyuges integrantes de aquella, hemos identificado que uno de los principales motivos por los que nuestro ordenamiento jurídico había previsto ello, era para efectos de determinar

de forma precisa cuales son los bienes que componen el patrimonio del individuo concursado.

Es menester explicar que, para cumplir dicho mandato resulta necesario efectuar un proceso liquidatorio de la sociedad de gananciales que implica una serie de pasos<sup>(49)</sup>, empezando por la realización de un inventario, siguiendo luego con el pago de las cargas y deudas sociales afectando para ello los bienes sociales y, a falta de estos, los propios de cada cónyuge, para, finalmente y siempre que se hubiese culminado con el pago de las obligaciones sociales subsistiendo aún bienes comunes<sup>(50)</sup>, repartir estos por mitades entre los cónyuges.

De ese modo, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia emanada del INDECOPÍ<sup>(51)</sup>, durante el desarrollo del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales se mantiene aún la distinción entre bienes propios de cada cónyuge y bienes sociales y, por ende, se protege los derechos de los titulares de créditos frente a la sociedad conyugal devengados durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales, otorgándoles una preferencia sobre los bienes sociales para el cobro de sus acreencias, por encima de cualquier aspiración o interés relativo a dicho patrimonio por parte de los propios cónyuges y de los beneficiarios del pago de sus respectivas deudas personales.

Teniendo presente lo aquí explicado, estimamos oportuno señalar que no estamos de acuerdo con la normativa que dispone el fenecimiento del régimen de sociedad de gananciales en razón del

(49) Cabe mencionar que, a efecto de facilitar a los agentes intervinientes en los procedimientos concursales de personas naturales casadas, el cumplimiento de las previsiones contenidas en los incisos 2 y 3 del artículo 14 de la Ley General del Sistema Concursal, la Comisión de Procedimientos Concursales de INDECOPÍ aprobó la Directiva 006-2003/CCO-INDECOPÍ denominada "Normas reglamentarias relativas a la sustitución del régimen patrimonial de sociedad de gananciales al que se encuentra sujeta una sociedad conyugal por el régimen de separación de patrimonios por causa del concurso de uno de los cónyuges", la que fue publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 12 de diciembre de 2003.

(50) ECHECOPAR GARCIA, Luis. *Régimen Legal de Bienes en el Matrimonio*. 1era. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. p. 129; refiere que los bienes remanentes después de los actos previamente indicados "son gananciales, o sea utilidades de la sociedad (...)" los cuales agrega "(...) se dividen por mitad entre ambos cónyuges (...)".

(51) En la resolución 0266-2002/TDC-INDECOPÍ expedida con fecha 17 de abril de 2002 por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPÍ en el marco del procedimiento de reconocimiento de créditos seguido por Banco Santander Central Hispano - Perú frente al señor José Marcelo Allemant Muñoz, se explicó lo siguiente: "(...) debe señalarse que en el régimen de la sociedad de gananciales existen bienes propios de cada cónyuge y bienes sociales, siendo estos últimos todos aquellos que son de propiedad de la sociedad conyugal. Estos constituyen un patrimonio autónomo distinto al patrimonio de cada cónyuge. Los bienes sociales no están sujetos a un régimen de copropiedad sino que constituyen un patrimonio indivisible. La participación de cada cónyuge respecto de dichos bienes solo se determinará cuando fenezca la sociedad de gananciales y se haya practicado el proceso de liquidación establecido en los artículos 320, 322 y 323 del Código Civil. En efecto, luego de fenecida la sociedad de gananciales se inicia un proceso de liquidación en el cual se pagan las deudas sociales y las cargas de la sociedad, luego se reintegran a los cónyuges los bienes propios, para finalmente establecerse los bienes gananciales que se dividirán en un 50% para cada cónyuge.

sometimiento a concurso de un cónyuge por las razones que pasamos a exponer a continuación.

En primer término, tales normas tienden no solo a la identificación de los bienes que corresponderían a la persona natural concursada en el escenario tripartito ya mencionado (compuesto por los derechos patrimoniales del concursado, de su cónyuge, así como los de la sociedad de gananciales -en tanto patrimonio autónomo y distinto del de los cónyuges que la integran-) sino que, además, propugnan en realidad el incremento de la masa patrimonial de la citada deudora en mérito a la generación forzada de una liquidación de la sociedad de gananciales y reparto de bienes que pertenecían a esta a favor de ambos cónyuges (incluyendo obviamente al concursado).

Sin embargo, el logro del propósito de aumento de la masa concursal es un hecho sumamente incierto, pues como se explicó recién, resulta indispensable que previamente se destinen los bienes sociales a la amortización de las obligaciones contraídas por la sociedad de gananciales durante su vigencia, correspondiendo tan solo a cada uno de los cónyuges, de ser el caso, una porción ganancial neta (esto equivale a decir, aquella que resulta luego de saldadas las obligaciones sociales si es que, en tales circunstancias, subsisten aún bienes pertenecientes al patrimonio social que hagan posible un reparto).

En efecto, sería absolutamente inadecuado y se distorsionaría además el sistema jurídico nacional, si se pretendiera otorgar un beneficio de asignación directa de los bienes sociales a cada uno de los cónyuges, incluyendo evidentemente a aquel sometido a concurso, dejando de lado en cambio a los terceros acreedores que obtuvieron previamente derechos susceptibles de ser reclamados contra los bienes sociales. Si los bienes sociales responden de modo preferente por

las obligaciones sociales y los bienes propios de cada cónyuge por sus respectivas deudas personales, es totalmente razonable que ello se observe y aplique incluso en circunstancias en que se va a implementar el cambio de régimen patrimonial de la sociedad conyugal mediante la liquidación efectiva de la sociedad de gananciales.

Sobre este particular, es interesante anotar que Elías P. Guastavino comentando una jurisprudencia expedida por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza<sup>(52)</sup>, importante provincia argentina, refiere que suelen producirse pedidos sustentados en argumentaciones equívocas consistentes en<sup>(53)</sup> “(...) invocar la disolución de la comunidad conyugal (...) por separación de bienes en razón del concurso o mala administración (...) pero sin tener presente las fases de liquidación y partición de la sociedad conyugal que deben contemplar el pasivo. Las confusiones se acentúan cuando estas fases de liquidación y partición se entrecruzan o coexisten con los juicios universales de falencia (...) Sin embargo, aquellas circunstancias y estas coexistencias de procesos, no alteran el principio de separación de deudas durante la existencia de la sociedad conyugal (...)”.

Más adelante el propio Guastavino, alude a un pronunciamiento judicial anterior al ya citado, emanado de la Cámara Civil, Comercial y Laboral de la ciudad de Venado Tuerto, provincia de Santa Fe, Argentina, que sirvió de antecedente jurisprudencial para la resolución por él comentada, cuya parte pertinente transcribimos a continuación<sup>(54)</sup>:

“(...) estando el marido demandado en concurso, la partición de la ganancialidad estaba supeditada a que primero sean desinteresados todos los acreedores (...) y solo de mediar remanente se procediera a repartir el mismo con su esposa. Agregó que ante la declaración de concurso del marido, la esposa no puede alegar preferencia

En este sentido, si bien con la declaración de insolvencia de un cónyuge insolvente fenece la sociedad de gananciales y con su inscripción en Registros Públicos se puede oponer a terceros dicho hecho, la participación de los cónyuges en los bienes sociales no se puede determinar en ese momento, sino que es necesario que se practique un proceso de liquidación de dichos bienes”.

- (52) La sentencia bajo comentario fue expedida el 10 de noviembre de 1992 en el marco del proceso judicial sobre quiebra voluntaria de la sucesión de don Alberto José Gaviola, signado con el número 110.123; durante el desarrollo de dicha causa, la señora Mabel de La Roza viuda de Gaviola planteó un incidente de “exclusión de bienes” a fin de que se sustrajeran del citado proceso de quiebra, el 50% de los gananciales, los que reclamó a su favor.
- (53) GUASTAVINO, Elías. *Los Gananciales del Fallido y el Enigma del artículo 1294 del Código Civil*. En: *Revista El Derecho*. Número 160. p. 77.
- (54) La glosa corresponde a la sentencia expedida por el referido tribunal el 6 de noviembre de 1990 con relación al incidente de separación de bienes promovido en el marco del proceso de quiebra del señor Ramón Saint Martín.

alguna al pago de los acreedores (...) o división anticipada, y solo le queda el derecho de coparticipar en el remanente, si lo hubiese (...)” (sic).

Retomando la reflexión respecto al pronunciamiento expedido por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza al que se ha hecho mención algunas líneas atrás, Guastavino refiere que el señalado Tribunal expuso con claridad que “(...) en principio la muerte y el concurso no deben producir modificaciones respecto de la garantía patrimonial que tenían los acreedores al surgir los créditos. En otras palabras (...) *bona non intelligitur nisi deducto aere alieno*”<sup>(55)</sup>.

Asimismo, de la revisión del texto de la mencionada jurisprudencia se advierte que en esta se proclamó que “En efecto, producida la muerte o la quiebra, el acreedor debe tener frente a sí los mismos bienes que tenía antes de la existencia del proceso colectivo”<sup>(56)</sup>. Finalmente una cita elocuente del referido pronunciamiento es aquella que establece que “(...) el nacimiento de la indivisión poscomunitaria o cambio en la titularidad del acervo, así como la confusión de las diversas masas gananciales, no deben producir efectos frente a los terceros acreedores de fecha anterior a la disolución misma; vale decir que si los derechos de los cónyuges se transforman, las relaciones creditorias de orden externo no se verán alteradas ni en beneficio ni en perjuicio de los terceros contratantes” (sic).

Es relevante acotar sobre este particular que, Julio César Rivera resume de forma certera los conceptos recién expuestos indicando que<sup>(57)</sup> “(...) ha quedado establecido por la jurisprudencia que la calidad de los bienes es una cuestión cuyos efectos quedan limitados a la esfera interna de las relaciones entre los cónyuges, y que disuelta la sociedad conyugal (...) los cónyuges tienen derecho a su porción ganancial neta, esto es, lo

que resta una vez pagados los acreedores<sup>(58)</sup> (...)”.

En este punto, resulta pertinente recordar adicionalmente la idea planteada por Juan Francisco Rojas en el sentido que<sup>(59)</sup> “El sistema concursal es (...) un sistema legal complejo y polémico. Es complejo porque regula situaciones de crisis colectiva donde se encuentran enfrentados un deudor moroso y muchos acreedores impagos (...) Es polémico porque la norma solo establece un marco de negociación en el cual se desenvuelven las situaciones de conflicto social, sin que ello signifique aliviar la crisis originada por la falta de pago de las obligaciones. Una obligación no pagada siempre significará una causa de conflicto y ninguna ley puede, por maravillosa que esta fuera, generar riqueza para que donde hoy existe escasez repentinamente aparezca la abundancia (...)”.

En efecto, tomando como referencia la cita recién glosada debemos afirmar de manera categórica que el sistema concursal no puede originar de modo alguno que se establezca un esquema jurídico tal que distorsione o, mejor dicho, altere (para mejor o peor) los derechos crediticios y el respaldo patrimonial que existían antes del inicio del procedimiento concursal, sino que más bien, está destinado a cumplir un fin fundamentalmente ordenador u organizador de las relaciones de índole patrimonial previamente existentes entre el concursado y el colectivo de sus acreedores. Por ende, siguiendo este razonamiento, queda claro que no resulta factible que por causa del concurso, se genere un incremento de la masa patrimonial del cónyuge concursado en detrimento de los acreedores de la sociedad de gananciales que aquel integra. Es evidente pues que el concurso no es un escenario en el que se busque generar riquezas<sup>(60)</sup> para que la persona natural pueda afrontar recién entonces

(55) La referida cita en latín corresponde al tradicional compendio romano de principios jurídicos conocido como Digesto Justiniano e incorpora una idea consistente en que “la cosa (el bien) no puede ser apreciada sin considerar respecto a ella los derechos ajenos, es decir, los correspondientes a terceros”.

(56) De igual modo, en dicha resolución judicial se toma la referencia de una cita del tratadista francés J.B. Hureauux en la que se señala que “La mort fixe l'état des biens et des dettes d'un homme; que les choses se passent comme si le défunt était vivant”, que significa que “La muerte es el momento que fija los bienes y derechos de un hombre; las cosas deben afrontarse como si el difunto estuviese vivo”.

(57) GUASTAVINO, Elías. *Op. cit.*; p. 177.

(58) En el caso peruano, esto habría que entenderlo en el sentido que a ambos cónyuges les corresponde el remanente de los bienes sociales, luego de satisfechos todos los acreedores del patrimonio autónomo conyugal.

(59) ROJAS LEO, Juan Francisco. *De la Supuesta Esquizofrenia del Sistema Concursal al Maniqueísmo de sus Detractores*. En: **ius et veritas**. Número 26, 2003. p. 174.

(60) Nos referimos puntualmente al hecho de añadir a la masa concursal bienes “extraídos” de patrimonios ajenos al del

sus obligaciones y menos aún que ello ocurra en perjuicio de terceros patrimonios, distintos al del concursado y preferentes a él<sup>(61)</sup>.

Además, el efecto inclusive podría ser contrario al buscado puesto que nada garantiza que, luego de pagar a todos los acreedores de la sociedad de gananciales, existan aún bienes sociales que se puedan repartir entre los cónyuges para beneficio y satisfacción de sus respectivos acreedores personales, pudiendo llegar a suceder lo contrario, en la medida que algunos de los bienes de cada uno de los cónyuges, incluidos obviamente algunos pertenecientes al concursado, podrían terminar siendo afectados más bien para satisfacer deudas sociales<sup>(62)</sup>. En ese orden de ideas, existe el riesgo referido a que luego de culminada la liquidación de la sociedad de gananciales, no solamente se constate que no se produjo un incremento patrimonial del cónyuge concursado, sino que, además, dicha persona natural tendría posiblemente menos bienes y derechos propios para satisfacer a los acreedores comprendidos en su concurso<sup>(63)</sup>.

Por otra parte, es importante advertir que con el mecanismo de variación de régimen patrimonial de la sociedad conyugal desde una sociedad de gananciales hacia una separación de patrimonios por causa del concurso de uno de los cónyuges, se va a generar una incidencia sustancial y directa en un conjunto de bienes ajeno al del concursado. La liquidación forzada del patrimonio de la sociedad de gananciales. Tal liquidación, que vendría a ser consecuencia lógica de la sustitución del régimen legal del matrimonio prevista en la normativa concursal para el caso de sometimiento a concurso

de una persona natural, conlleva un inconveniente en el que probablemente no se ha reparado aún, que es, la nula o inexistente participación en la toma de tal decisión por parte de los acreedores de la sociedad de gananciales.

En efecto, en el caso de un proceso concursal, las decisiones se ponen en manos de los acreedores, en la medida que son ellos, sin duda alguna, quienes tienen más que ganar y que perder. Sin embargo, todo lo contrario ocurre respecto del patrimonio de la sociedad de gananciales integrada por el concursado (patrimonio autónomo que debe liquidarse conforme a lo que manda actualmente la Ley General del Sistema Concursal), debido a que, no solamente no se considera para definir su destino la opinión de los acreedores directamente relacionados con la sociedad de gananciales sino que, además, tal salida impuesta debe ser necesariamente una liquidación y no alguna otra. Todo ello pese a que, la causa de tal liquidación es precisamente el concurso de uno de los integrantes de la sociedad de gananciales y no una crisis directamente atribuible a ese patrimonio social.

Nos queda justamente la inquietud acerca del parecer que podrían haber tenido los acreedores de la sociedad de gananciales en el supuesto que hubiesen sido consultados sobre el destino del patrimonio social, que es el que respalda precisamente sus derechos crediticios. ¿Qué pasaría por ejemplo si los referidos acreedores considerasen que el patrimonio social era viable y por consiguiente rescatable? Probablemente sería muy poco lo que podría hacerse, pese a la voluntad en sentido distinto de los acreedores de

deudor concursado. Ello no debe confundirse con el propósito de maximización del valor del patrimonio del concursado al que se hace referencia en el artículo I del Título Preliminar de la Ley General del Sistema Concursal que establece que “los agentes del mercado procurarán una asignación eficiente de sus recursos durante los procedimientos concursales orientando sus esfuerzos a conseguir el máximo valor del patrimonio en crisis”.

(61) La alusión en este punto es al derecho de crédito de los acreedores de la sociedad de gananciales.

(62) Esto pues de acuerdo a los artículos 322 y 323 del Código Civil, según explica CORNEJO CHAVEZ, Héctor. *Derecho familiar peruano*. 10ma. edición. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. p. 289; “una vez formalizado el inventario, se procede a pagar las deudas y cargas sociales; y solo entonces los cónyuges o ex cónyuges reciben en plenitud de derechos los bienes propios de cada cual que quedaren (...). Esta última expresión nos recuerda que, en efecto, en conformidad con el criterio igualitario proclamado en la Constitución del Estado e implementado en el nuevo texto civil, los bienes propios de ambos cónyuges o ex cónyuges responden a prorrata, esto es, en proporción al valor de sus respectivos bienes, de las deudas y obligaciones de la sociedad si no alcanzasen los bienes de esta”.

(63) Sería pertinente recordar aquí la celebre frase “nadie sabe para quien trabaja”. En efecto, a modo de ejemplo, si quienes pidieron el inicio de concurso fueron los acreedores, es probable que luego de liquidada la sociedad de gananciales, encuentren un patrimonio reducido e inferior al que pudieron tener enfrente, si se obviase tal trámite liquidatorio y se desarrollase el proceso administrativo sobre los bienes propios del concursado, los cuales a su vez, debido al transcurso del tiempo en que no se desarrolló de forma efectiva el concurso, pueden haberse deteriorado y disminuido en su valor.

la sociedad de gananciales y/o a la optimista realidad patrimonial de tales bienes, pues el tenor de la normativa concursal vigente es categórico y solamente admite la efectiva liquidación del citado patrimonio social. De igual modo, resulta relevante acotar que en esta variante liquidatoria no es necesario que exista previa demostración de una situación de crisis, pues la única premisa establecida para ello, en la que se apuntalan los artículos 14.2 y 14.3 de la Ley General del Sistema Concursal y 330 del Código Civil, es la sujeción a concurso de uno de los cónyuges.

Por todo ello, resulta incoherente que los acreedores de la persona natural que tiene la calidad de cónyuge, sometida a concurso en razón de una situación de crisis, tengan un ámbito para decidir acerca del destino del patrimonio de su deudor, en tanto que, en cambio, algo similar no suceda con los acreedores de la sociedad de gananciales integrada por aquél, pese a que la única razón por la que eventualmente debe liquidarse tal patrimonio autónomo es una atribuible justamente a aquel cónyuge (finalmente, un tercero respecto del patrimonio autónomo y sus acreedores) y no propiamente a la sociedad conyugal: el concurso.

#### 4. Conclusiones

El Sistema Concursal moderno en el Perú se caracteriza por la desjudicialización y consecuente administrativización del procedimiento de lucha contra la crisis patrimonial (la autoridad competente es un órgano funcional de INDECOPI); la privatización en la toma de las decisiones principales respecto al patrimonio en crisis, las que recaen en el colectivo de acreedores; y, la existencia de soluciones alternativas a la liquidación, en la medida que es factible que los acreedores opten también por la reestructuración del concursado.

Bajo la vigencia de la Ley de Reestructuración Empresarial dictada en 1992, las únicas personas naturales pasibles de sometimiento a un procedimiento concursal, eran aquellas que desarrollaban actividad empresarial. Posteriormente, a partir de 1996, con la entrada en vigencia de la Ley de Reestructuración Patrimonial, se generó una apertura en el sentido que, toda persona natural independientemente de

que actuase o no como empresaria, calificaba como deudora apta para someterse a concurso.

En la vigente Ley General del Sistema Concursal (de modo similar a lo previsto en la derogada Ley de Reestructuración Patrimonial) no se restringe la posibilidad de sometimiento a concurso exclusivamente a las personas naturales que ejercen actividad empresarial, sino que por el contrario, sigue abierta la posibilidad de que aquellas ingresen a concurso como deudoras, aún cuando no se dediquen a una actividad de tal naturaleza. Sin embargo, exclusivamente en aquellos casos en que sea la propia persona natural la que solicite su declaración de concurso, esta deberá cumplir con acreditar necesariamente para que se acepte su pedido, que más del 50% de sus ingresos se han originado en una actividad económica propia o que más de 2/3 de sus obligaciones se derivan de una actividad empresarial ejercida directamente por dicha persona natural o por terceros (supuesto este último en el que la persona física estaría asumiendo indirectamente una obligación en principio ajena por previa suscripción de aval o fianza o, eventualmente, por disponerlo así alguna norma).

De acuerdo a lo previsto en la Ley General del Sistema Concursal, cuando se postule el procedimiento concursal de una persona natural cuyo estado civil sea el de casada, estando su sociedad conyugal sujeta al régimen de sociedad de gananciales, este obligatoriamente deberá ser variado hacia un régimen de separación de patrimonios. Dicha exigencia constituye un requisito para la declaración de concurso en aquellos casos iniciados por el propio deudor, en tanto que en el supuesto de un procedimiento concursal a iniciativa de acreedores es más bien una consecuencia de la declaración de sometimiento a concurso de la persona natural. La justificación esgrimida para la existencia de la obligación legal de modificar el régimen patrimonial de la sociedad conyugal que integra la persona natural implicada como sujeto pasivo en el trámite de concurso, es que resulta crucial para sus acreedores que se produzca la identificación exacta de los bienes que integrarán el patrimonio materia de concurso (incluyendo en tal consideración tanto los bienes privativos de la persona natural, como aquellos gananciales que le correspondan).

El artículo 14.3 de la Ley General del Sistema Concursal, prevé que en caso de que se declarara

a pedido de acreedores el concurso de una persona natural casada bajo el régimen de sociedad de gananciales y se difundiese dicha situación jurídica, antes de convocarse a la Junta de Acreedores del concursado deberá variarse el régimen patrimonial de la sociedad conyugal que integra hacia uno de separación de patrimonios. Añade la norma que en tanto esa exigencia no se satisfaga, los plazos quedarán suspendidos y no será de aplicación la suspensión de exigibilidad de obligaciones y el marco de protección legal del patrimonio.

Discrepamos con dicha opción adoptada por nuestra legislación por cuanto con ella se genera un efecto opuesto al habitual en los concursos, en la medida que se permite que, a la par que se hace pública la situación de crisis de la persona natural, sus acreedores al no tener “frenos legalmente establecidos” (por la inexistencia de los beneficios de suspensión de exigibilidad de obligaciones y marco de protección patrimonial que normalmente acompañan la difusión del concurso), ni incentivos para negociar (por la suspensión del procedimiento administrativo de carácter colectivo) se encuentren en aptitud de iniciar una “carrera por cobrar” caracterizada por la existencia de una pluralidad de acciones individuales de cobro, con lo que, el escaso patrimonio privativo del concursado se verá en serio riesgo de desaparecer, generándose con ello un gran perjuicio para el colectivo de acreedores en la medida que no solamente no está garantizada la posibilidad de que acrezca el patrimonio del concurso (pues no hay certeza que en una futura liquidación de la sociedad de gananciales existan bienes remanentes que se sumen al patrimonio de los cónyuges luego de satisfechos los acreedores sociales), sino que además el patrimonio propio vigente del individuo concursado será mermado por la actuación individual y egoísta de los acreedores: en resumen, una disposición como la del artículo 14.3 consagra un “anti-concurso”.

Otro inconveniente del mecanismo de variación de régimen patrimonial de la sociedad conyugal desde una sociedad de gananciales hacia una separación de patrimonios por causa del concurso de uno de los cónyuges, es que con su aplicación

se va a generar una incidencia sustancial y directa en un conjunto de bienes ajeno al del concursado: La liquidación forzada del patrimonio de la sociedad de gananciales. Tal liquidación, que vendría a ser consecuencia lógica de la sustitución del régimen legal del matrimonio prevista en la normativa concursal para el caso de sometimiento a concurso de una persona natural, no considera en absoluto la participación en la toma de tal decisión por parte de los acreedores de la sociedad de gananciales y además impone a estos la liquidación de su patrimonio deudor sin opción u alternativa alguna (pese a que ellos podrían apreciar condiciones positivas en la permanencia operativa de dicho patrimonio conyugal). Todo ello pese a que, la causa de tal liquidación es precisamente el concurso de uno de los integrantes de la sociedad de gananciales y no una crisis directamente atribuible a ese patrimonio social.

Nos parece injusta e inapropiada esa consecuencia liquidatoria del patrimonio de la sociedad de gananciales originada simplemente en la situación de concurso de uno de los cónyuges, por cuanto como ya se indicó, se desconoce la opinión y los intereses de los acreedores del patrimonio autónomo conyugal y porque, contrariamente a la posición asumida por los defensores de la previsión contenida en los artículos 14.2 y 14.3 de la vigente Ley General del Sistema Concursal, el hecho que no se modifique el régimen patrimonial de sociedad de gananciales que integra la persona natural implicada como deudora en un procedimiento concursal, no constituye un obstáculo para la continuación del procedimiento, ni debería implicar la suspensión de este, por cuanto nada garantiza que los bienes sociales (más allá de una lógica expectativa a futuro) generen beneficio patrimonial alguno a los acreedores del individuo concursado, ya que tales bienes están destinados siempre de manera preferente a los acreedores de la sociedad conyugal (acreedores sociales); no debe perderse de vista que el patrimonio social es autónomo y distinto de los patrimonios particulares de las personas naturales que integran una sociedad conyugal.<sup>45</sup>