

CONFUSION DE CONFUSIONES: LA «REESTRUCTURACION EMPRESARIAL» DE LAS PERSONAS NATURALES¹

José Juan Haro Seijas
Asistente de Docencia de Derecho Civil
Alumno de octavo ciclo de la Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
Miembro del Comité Directivo de THĒMIS - Revista de Derecho

El Derecho es una ciencia social y, por lo mismo, cambiante y evolutiva. Sólo las legislaciones muertas permanecen estacionarias. A medida que las necesidades se transforman, las instituciones deben también transformarse. A nuevas necesidades, nuevas instituciones.

Arturo Alessandri Rodríguez

Un dogma no es nunca contrastado con la realidad, no se espera de él que sea práctico y en todo caso su practicidad nunca es medida; el valor utilidad es un dato irrelevante respecto del dogma, que vale porque se sabe que debe valer (...). Además, y si se hace el esfuerzo apropiado, siempre es posible invocar algunas benéficas consecuencias, no importa cuán periféricas, secundarias (...) ellas puedan ser.

Sergio Lepera

El título de este trabajo parece encerrar un sinsentido. Una persona natural no es, ni puede ser, una empresa. Una persona física puede ser médico, abogado, mecánico, albañil, pero nuestra mente no es capaz de concebir (felizmente) que un ser humano sea capaz de transformarse al punto de convertirse en una empresa. Si por más esfuerzo que se haga siempre resultará imposible transformar un ser humano en una empresa, carece de sentido siquiera emplear el término «reestructuración empresarial de las personas naturales». Al lector le ruego, sin embargo, permitirme la licencia de titular de esta forma el presente comentario. Es probable que, al terminar su lectura, el título parezca un poco menos descabellado.

1. A MANERA DE INTRODUCCION

Es destacable el gran desarrollo que ha tenido en nuestro país, particularmente desde el año 1990, la legislación destinada a fomentar el libre mercado y a regularlo. Al margen de emitir un juicio sobre la ideología que trasuntan las normas promulgadas durante el gobierno fujimorista, sobre la cual -por lo demás- parece existir un apreciable consenso el día de hoy²,

¹ A mi madre, por estar junto a mí, cada día.

Al doctor Hugo Forno Flórez, como muestra de amistad.

El presente comentario no hubiera podido llevarse a cabo sin el invalorable apoyo de los doctores José Enrique Palma Navea -secretario técnico de la Comisión de Reestructuración Empresarial del Ilustre Colegio de Abogados de Lima- y Juan Carlos Bocanegra. Quisiera aprovechar estas líneas para expresarles mi profundo agradecimiento por sus atenciones, sus consejos, y -sobre todo- por su amistad.

² Cuando nos referimos a ideología, hablamos -ciertamente- del pensamiento económico del actual gobierno. En otros ámbitos, las discrepancias parecen haberse agudizado (principalmente, en cuanto toca al tema de los derechos humanos).

debe destacarse el hecho de que la reforma ha sido amplia y ha abarcado los más importantes sectores de la actividad económica. Quizá el ámbito que ha sufrido una mayor transformación es el sector tradicionalmente reservado al Derecho Mercantil: se han reformado las normas bancarias, de inversión, de propiedad industrial, etc. Podría decirse que los únicos sectores «relevantes» que permanecen inmutados son el societario³ y el que se refiere a los títulos valores.

Es indudable que la reforma del Derecho Comercial peruano ha estado orientada, fundamentalmente, por las exigencias de la realidad nacional y ha venido signada por la necesidad de promover la iniciativa privada y el desarrollo de las actividades económicas en todos los niveles. En esta línea se inscribe, precisamente, La Ley de Reestructuración Empresarial⁴, promulgada con la evidente intención de otorgar alternativas de reflotamiento a las empresas peruanas, que habían sido castigadas por una de las más fuertes crisis económicas que se han presentado a nivel mundial. Luego de más de dos años de vigencia (los que sin duda han sido productivos⁵), conviene analizar con mayor serenidad los vacíos y deficiencias de la norma, a la luz del desarrollo doctrinal y de los pronunciamientos de los órganos encargados de aplicarla. En nuestra opinión, algunas deficiencias normativas pueden fomentar que se afirmen en el ordenamiento peruano ciertos dogmas que no deberían ser acogidos por la legislación (y por sus intérpretes), sin haber pasado previamente por el tamiz de la crítica y el análisis jurídico.

A lo largo del presente comentario se intentará presentar una visión general en relación con el Derecho Concursal peruano, con la intención de demostrar -posteriormente- que no existe razón justificable para que la Ley excluya de su ámbito de aplicación (aunque sea de forma temporal) a las personas naturales que no desarrollan activi-

dad empresarial. Con este objeto, analizaremos uno de los primeros procesos seguidos ante la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima y el Tribunal de la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, el Tribunal) sobre el tema⁶.

2. APROXIMACION A LA LEY DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL

A pesar de la gran difusión que ha tenido en nuestro medio, la Ley de Reestructuración Empresarial (en adelante, la Ley) constituye un cuerpo normativo relativamente novedoso. Por esta razón, parece necesario realizar cuando menos algunas breves precisiones sobre su contenido, sin perjuicio de profundizar posteriormente en algunos puntos.

Por ahora, basta con destacar que la Ley establece el régimen al que deben acogerse las empresas insolventes; vale decir, aquellas unidades productivas que no pueden hacer frente a sus obligaciones corrientes o que se encuentran en una situación patrimonial deficiente. La Ley faculta a los acreedores de la empresa para que, una vez que ésta hubiera sido declarada en insolvencia, determinen cuál es el rumbo que se debe adoptar: la reestructuración económica y financiera, la liquidación extrajudicial o la quiebra judicial.

De acuerdo con la Ley, una empresa es declarada en insolvencia a solicitud de sus acreedores o a solicitud de la propia empresa. Cuando un acreedor o un grupo de acreedores solicitan la declaración de insolvencia, deben acreditar que se les adeuda una cantidad mayor al equivalente de 50 Unidades Impositivas Tributarias⁷, como producto de obligaciones vencidas por más de treinta días. En cambio, cuando es la empresa misma la que se presenta al procedimiento concursal⁸, debe acreditar haber tenido pérdidas que hubieran reducido

³ Sin embargo, en este nivel ya se han dado los pasos para la total reforma de nuestra Ley General de Sociedades y se han introducido importantes modificaciones al régimen societario, como la regulación de las acciones sin voto. Sobre el particular, puede verse: NORMAND SPARKS, Enrique. "La necesidad de la reforma de la Ley General de Sociedades". En: THÉMIS - Revista de Derecho. Segunda Epoca. n° 31, 1995.

⁴ Decreto Ley N° 26116, publicado el 31 de diciembre de 1992.

⁵ Sobre la situación que se presenta en la aplicación de la Ley de Reestructuración Empresarial puede consultarse: APOYO. *Hechos y Eventos*. Febrero, 1995. pp. 38 ss.

⁶ Antes de hacerlo, queremos dejar constancia de que si bien el expediente ha causado estado en sede administrativa, se sigue actualmente un proceso judicial sobre el tema, cuyas circunstancias desconocemos por completo. De cualquier forma, el presente comentario tiene únicamente un interés académico, de forma que evitaremos -en cuanto fuera posible- personalizar el asunto.

⁷ El valor actual de la Unidad Impositiva Tributaria es de S/. 2,000.00 (dos mil Nuevos Soles), lo que significa que los acreedores deben acreditar obligaciones impagas por un mínimo de S/. 100,000.00 (cien mil Nuevos Soles).

⁸ El Derecho Concursal es, como se verá más adelante, la rama del Derecho que se encarga del tratamiento de los deudores insolventes y del destino que debe darse a su patrimonio. El término concurso alude a la situación de los acreedores, quienes -en situación de insolvencia de su deudor- concurren en el patrimonio de éste, con el objeto de cobrar de sus acreencia.

su patrimonio a una cantidad inferior a la tercera parte.

La solicitud debe ser presentada ante la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)⁹ o ante los organismos que hagan sus veces¹⁰. Una vez recibida, el organismo competente procederá a citar al deudor, con el objeto de que cumpla con acreditar su capacidad de pago o, de ser el caso, se ratifique en su solicitud de insolvencia. En el caso de que el deudor no hubiera acreditado su capacidad de pago a satisfacción de los acreedores solicitantes o se ratificara en la solicitud, el organismo ante quien se tramita el procedimiento concursal procederá a declarar su insolvencia y citará al conjunto de los acreedores con el objeto de que, reunidos en Junta, determinen el destino que deberá darse a la empresa.

Como habíamos adelantado, nuestra norma ha previsto tres caminos.

La vía de la reestructuración económica y financiera constituye, quizá, la menos traumática para la empresa y sus trabajadores. Si los acreedores optan por ella, la empresa ingresa a un proceso de un año como mínimo, durante el cual se suspende la exigibilidad en el pago de sus obligaciones (con lo que se le otorga un respiro financiero) y se toman una serie de medidas destinadas a su refluotamiento. La idea es bastante simple: cuando,

de acuerdo con una evaluación racionalmente efectuada, la empresa se encuentra en posibilidades de continuar sus actividades, no es necesario destruirla y liquidar sus bienes con el solo objeto de que los acreedores recuperen su dinero. Por el contrario, basta en estos casos con arreglar la casa y refinanciar los créditos. Si se cumple con esto, es altamente probable que los acreedores sean finalmente satisfechos, no se perjudique a la empresa y tampoco se dañe excesivamente a los trabajadores.

En aquellos casos en que, de acuerdo con el criterio de los acreedores, no se presenten las condiciones necesarias para intentar la reestructuración, la Junta todavía tiene la alternativa de decidir entre la liquidación extrajudicial o la quiebra judicial. Ambos mecanismos tienen por objeto liquidar los bienes del deudor con el objeto de pagar a los acreedores. Sucede que en el primero de ellos, la intervención del Poder Judicial es mínima, mientras que en el segundo es determinante. La quiebra es, ciertamente, el sistema que más gravemente afecta a la empresa, a los trabajadores y a los acreedores. Es también, el más caro.

3. EL «CASO ACKERMAN»: LOS HECHOS

En mérito del procedimiento concursal iniciado por el señor David Mayo Varón el 4 de enero de 1994, la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima¹¹ declaró posteriormente la insolvencia del señor Moisés

⁹ El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual fue creado mediante Decreto Ley N° 25868. Este organismo, que podría calificarse típicamente como el ente estatal de control y regulación del mercado, está encargado de la aplicación -en sede administrativa- de las normas destinadas a proteger el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios, así como de las prácticas de competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores; los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones; la calidad de los productos; entre otras.

Sobre la intervención del Estado en la Economía, puede verse: SIERRALTA RIOS, Aníbal. *Introducción a la juseconomía*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988.

¹⁰ De acuerdo con lo dispuesto por la Tercera Disposición Complementaria de la Ley, la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado se encuentra facultada para delegar sus funciones a entidades de reconocido prestigio, con las cuales puede celebrar convenios para este efecto. En uso de esta facultad, la Comisión ha celebrado convenios de delegación con el Colegio de Abogados de Lima, el Colegio de Contadores de Lima, la Cámara de Comercio de La Libertad y otras instituciones. La experiencia de la delegación ha sido provechosa, al punto que -mediante Decreto Legislativo N° 788- se ha admitido recientemente la posibilidad de que otras comisiones del INDECOPI deleguen las funciones que se encuentran a su cargo. En un país necesitado de promover el mercado y de afianzar su institucionalidad en todos los niveles, la escasez de recursos obliga a buscar soluciones inteligentes. Si esperamos obtener los recursos necesarios para que el Estado extienda los alcances del INDECOPI a todo el territorio nacional, quizá pasarían algunos años (o lustros) y el objetivo no estaría totalmente cumplido. Por esta razón, la delegación de funciones constituye un método para expandir la cultura de mercado a lo largo del país y para modernizar nuestra economía.

¹¹ En virtud del Convenio de Delegación suscrito en 1993 entre el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado del INDECOPI, se creó la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima, que constituye el órgano que ejerce -en nombre del Colegio- las funciones delegadas.

Ackerman Krikler¹². En su resolución de fecha 26 de enero de 1994, ordenó adicionalmente que se convocara a la Junta de Acreedores del insolvente, con el objeto de que ésta decidiera el destino que finalmente debería dársele. Al efecto de participar en la Junta convocada, seis acreedores solicitaron el reconocimiento de sus acreencias. Entre ellos se encontraban el acreedor tributario, cuatro personas naturales¹³ y una persona jurídica.

El día 10 de junio de 1994 se instaló la Junta de Acreedores del señor Moisés Ackerman Krikler, con la participación del 99.4664% del total de los créditos reconocidos por la Comisión. El acta de esta Junta resulta particularmente interesante, porque en ella consta la discusión que se entabló respecto de la procedencia o improcedencia de aplicar la Ley de Reestructuración Empresarial a personas naturales.

La posibilidad de aplicar la Ley a las personas naturales es, precisamente, el tema del presente comentario. Sin perjuicio de que luego intentaremos profundizar en él, baste por ahora dejar indicados los elementos normativos que sirven de base a la discusión:

El artículo 1 de la Ley define su ámbito de aplica-

ción, al indicar que en su texto se establecen las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra *de empresas* (el énfasis es nuestro). De esta suerte, toda hace indicar que la norma únicamente se aplica a empresas.

Sin perjuicio de lo anterior, la Primera Disposición Complementaria de la norma señala que lo dispuesto en la Ley regirá para las personas naturales no consideradas empresas conforme al artículo 1º, en lo que les resulte aplicable, según lo establezcan las normas complementarias [...]

Con estos elementos de base, en la Junta del señor Ackerman se sostuvieron elementos de juicio a favor y en contra de la aplicación de la Ley a personas naturales. De un lado, la oposición a su aplicación se fundamentó en el hecho de que no se han dictado las normas complementarias requeridas por la propia Ley de Reestructuración Empresarial. En contrario de esta tesis, se afirmó que la Ley sí 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 natural¹⁴.

¹² Esta resolución no fue impugnada a tiempo, por lo que quedó consentida. Debe mencionarse que, aun cuando la Comisión de Reestructuración Empresarial no profundiza excesivamente en los argumentos que la llevan a admitir la insolvencia, éstos pueden ser encontrados en el informe legal N° 076-94-AL/CRE-CAL del 7 de julio de 1994 (que obra en el expediente). En este informe se señala expresamente lo siguiente:

Debe advertirse que la Comisión declaró la insolvencia, teniendo en cuenta dos aspectos:

(1) Lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, en cuanto las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver por deficiencia de las leyes, las cuestiones que se les proponga.

(2) Que Moisés Ackerman Krikler realiza actividad económica. Aun más, en la Escritura de Constitución de la empresa MAK ASOCIADOS S.A., él se identifica como empresario.

Tales argumentos fueron recogidos, después, en la Resolución N° 009-94/CRE-CAL/Exp. 020-94 del 12 de julio de 1994.

¹³ Aun cuando no es nuestra intención afirmar que en este proceso puede detectarse alguna actuación de mala fe por parte del deudor, no deja de ser sintomático que las acreencias invocadas por las cuatro personas naturales se deriven de letras de cambio y no expresen por tanto la causa del nacimiento de la obligación cambiaria. Igual sucede con la persona jurídica que solicita el reconocimiento de su crédito. Sólo en un caso se acompaña, conjuntamente con las letras, el contrato causal: un mutuo dinerario.

Nos parece que esta circunstancia hubiera ameritado un mayor análisis por parte de la Comisión con el objeto de determinar la autenticidad de los créditos. Tenemos conocimiento de que la Comisión intentó realizar una investigación más profunda, en uso de la facultad que le confiere el artículo 8 del Decreto Supremo N° 044-93-EF -Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial- para investigar por todos los medios la cuantía y legitimidad de los créditos. Sin embargo, poco o nada pudo hacerse para verificar con mayor profundidad, tanto por la carencia de mecanismos legales adecuados para hacerlo, como por los limitados fondos que se tienen asignados para este tipo de investigaciones.

Debe decirse, en descargo de la Comisión, que existe una real preocupación en sus miembros por hacer frente al gran número de créditos simulados cuyo reconocimiento se solicita con el objeto de controlar la Junta de Acreedores y conseguir un resultado más favorable al deudor. Esta, ciertamente, es una tarea gigantesca.

¹⁴ De alguna forma, cuando se pretende la asimilación de los conceptos de persona natural y empresa se sostiene, implícitamente, que la Ley sólo puede aplicarse a las personas naturales que ejercen actividad económica de tipo empresarial.

La discusión parece haber sido ardua, pero -en todo caso- los acreedores decidieron finalmente (con el voto del 77.7644% de los créditos reconocidos) aprobar la reestructuración económica y financiera del señor Ackerman. Al mismo tiempo, acordaron mantener a éste en la administración de sus actividades¹⁵.

Con fecha 13 de junio de 1994, el señor David Mayo Varón interpuso recurso de impugnación contra los acuerdos tomados en la Junta de Acreedores, en virtud de lo establecido en el inciso 1 del artículo 12 del Decreto Supremo N° 044-93-EF. En su recurso, el señor Mayo indicó:

a) Que no procede aplicar el procedimiento concursal del Decreto Ley N° 26116 a personas naturales, pues a la fecha de instalación de la Junta de Acreedores no se habían dictado aún las normas reglamentarias de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Empresarial.

b) Que, por lo demás, cualquiera fuera el acuerdo sobre el destino del deudor insolvente (reestructuración, quiebra o disolución y liquidación), existe una clara imposibilidad jurídica de aplicar el tenor y espíritu de la norma al caso concreto de la persona natural.

c) Que al momento de determinar el destino de la empresa, la junta no había tomado en consideración ninguno de los aspectos a que se refiere el artículo 15 del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial¹⁶.

d) Que, de otro lado, el señor Moisés Ackerman Krikler no es una persona natural que pueda ser considerada empresa.

e) Que, finalmente, la decisión tomada por la Junta era nula de pleno derecho, en virtud de los incisos b) y c) del artículo 43 del Decreto Supremo

N° 02-94-JUS, Texto Unico Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, según los cuales son nulos de pleno derecho los actos administrativos contrarios a la Constitución y a las leyes y los que contengan un imposible jurídico, así como aquellos que hubiesen sido dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por ley.

Para mejor resolver la impugnación deducida, la Comisión de Reestructuración Empresarial citó a la partes a Audiencia, la que se llevó a cabo el 20 de junio de 1994. En ella, el representante legal del señor David Mayo Varón expuso sus argumentos, solicitó que se admitiera la impugnación a trámite y pidió a la Comisión que suspendiera los efectos del acuerdo adoptado en junta de acreedores¹⁷. Tramitada la impugnación con arreglo a ley, el 12 de julio de 1994 la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima emitió la Resolución N° 009-94/CRE-CAL/EXP. 020-94, en la que declaró fundado en parte el recurso del acreedor, dejó sin efecto los acuerdos adoptados en Junta y ordenó convocar nuevamente a los acreedores con el objeto de que decidieran, con arreglo a ley, el destino de la empresa. Al mismo tiempo, precisó que carecía de objeto pronunciarse sobre la suspensión de los acuerdos adoptados por la Junta de Acreedores, en la medida que los había dejado sin efecto.

Sin perjuicio de la decisión de la Comisión, el señor David Mayo Varón interpuso recurso de apelación contra la resolución N° 009-94/CRE-CAL/EXP. 020-94, por considerar que varios de sus considerandos eran violatorios de la ley. En su apelación, el señor Mayo indicó también que la Primera Disposición Complementaria de la Ley de Reestructuración Empresarial no justifica -aún- la aplicación de esta Ley a las personas naturales no consideradas empresas y que, de otro lado, el señor Ackerman no es realmente un empresario,

¹⁵ A pesar de que el artículo 9 de la Ley de Reestructuración Empresarial otorga a la administración de la empresa el plazo de sesenta días para presentar el Plan de Reestructuración Empresarial, no tenemos conocimiento de que éste haya sido elaborado y sometido a consideración de los acreedores. Estimamos que en este punto es conveniente que la Ley sea modificada, al efecto de imponer sanciones expresas ante tales incumplimientos.

¹⁶ Esta norma establece los puntos que deberá tener en cuenta la Junta al decidir la continuación de la empresa bajo el régimen de reestructuración económica y financiera. Entre ellos se encuentran: la posibilidad de rehabilitar a la empresa, el monto de capital que se requiere invertir en ella, la factibilidad de capitalizar acreencias, etc.

¹⁷ La suspensión de los acuerdos adoptados en Junta se encuentra regulada por el inciso 2 del artículo 13 del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, que establece que la interposición del recurso de impugnación de los acuerdos de la Junta de Acreedores no suspenderá la ejecución del acuerdo impugnado, a menos que ello sea resuelto por la Comisión o por el Tribunal.

porque para serlo no basta con simples declaraciones, sino que es necesario acreditar fácticamente esta condición. Finalmente, el señor Mayo solicitó al Tribunal que se confirme la ineficacia de los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores y que se revoque la resolución de la Comisión en cuanto convoca nuevamente a la Junta de Acreedores.

El 7 de febrero, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual emitió resolución revocando lo resuelto en primera instancia y declarando plenamente válidos los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de Moisés Ackerman Krikler realizada el 10 de junio de 1994.

4. EL «CASO ACKERMANN»: SINTESIS DE LAS RESOLUCIONES MAS IMPORTANTES

4.1. La declaración de insolvencia:

Lima, 26 de enero de 1994

Exp. N° 020-94/CRE-CAL

MOISES ACKERMAN KRIKLER

A solicitud de Acreedor.

Resolución N° 002-94/CRE-CAL/Exp. 020-94

LA COMISION DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL:

VISTA: la solicitud que con fecha 04 de enero de 1994 presenta ante esta Comisión el señor DAVID MAYO VARON, solicitando se declare la insolvencia de don MOISES ACKERMAN KRIKLER, por adeudarle una suma mayor a 50 Unidades Impositivas Tributarias, representada en una (1) letra de cambio por un importe de US\$ 66,582,82, debidamente protestada y cuya fotocopia adjunta; que citado el deudor para que acredite su capacidad de pago dentro del plazo concedido mediante Resolución N° 001-94/CRE-CAL/Exp. 020-94, éste se apersona al procedimiento mediante escrito presentado el 20 de enero de 1994, manifestando que no adeuda suma alguna al solicitante toda vez que la letra que recauda la solicitud de insolvencia no representa ninguna deuda sino que es garantía por la inversión de la cual es titular el Sr. David Mayo, ofreciendo alternativamente en calidad de prenda las acciones que éste tiene en la empresa CONSTRUCTORA MAK II S.A.; comunicado tal ofrecimiento al acreedor, éste, mediante escrito de fecha 24 de enero de 1994, rechazó los términos expuestos por el deudor y consideró insatisfactoria la garantía ofrecida, manifestando que dicha garantía deviene en inaceptable; y CONSIDERANDO: que habiendo transcurrido el plazo dispuesto en la ley sin que el deudor haya acreditado su capacidad de pago con arreglo a lo dispuesto

por el artículo 4° del Decreto Supremo N° 044-93-EF; que estando a lo establecido en la Primera Disposición Complementaria del Decreto Ley 26116 y sus normas reglamentarias aprobadas por D.S. N° 044-93-EF, y conforme a lo expuesto en el Informe elaborado por la Secretaría Técnica, se configuran los supuestos de ley; en uso de las atribuciones concedidas por el Convenio de Delegación de Funciones celebrado entre la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado -INDECOPI- y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima de fecha 15 de junio de 1993; aprobado por Resolución N° 002-92-CSA-P-INDECOPI de fecha 29 de junio de 1993, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 3° del D.L. 26116 y los artículos 2°, 4° y 5° de sus normas reglamentarias; RESUELVE: Declarar la insolvencia de don MOISES ACKERMAN KRIKLER y en consecuencia, convóquese a todos sus acreedores para que se reúnan en Junta en primera citación el vigésimo primer día útil posterior a la última publicación en el Diario Oficial El Peruano del aviso que origine la presente Resolución, a horas 10.00 a.m., en el local ubicado en la Av. Santa Cruz 255, Miraflores; y en caso que no concurra el quórum suficiente para instalar la Junta de Acreedores, cítese para segunda y tercera convocatorias para el tercer día útil siguiente al de la primera y segunda fecha de citación respectivamente, a la misma hora y lugar. Encárguese al Secretario Técnico de la Comisión, para que presida la instalación de la Junta de Acreedores hasta que se produzca la elección a que se refiere el artículo 4° del D.L. 26 116; póngase la presente Resolución en conocimiento del Ministerio de Trabajo y Promoción Social y del Ministerio de Economía y Finanzas, para los efectos del tercer párrafo del artículo 6° del D.L. 26116 y publíquese la citación a Junta de Acreedores por dos días consecutivos en el Diario Oficial El Peruano y en otro de circulación de la ciudad de Lima.

Ricardo Beaumont C. - Rolando Castellares A. - Alfonso Morales A.

4.2. La resolución de la impugnación del acuerdo de Junta de Acreedores:

a) Primera instancia:

Lima, 12 de julio de 1994

Exp. N° 020-94/CRE-CAL

MOISES ACKERMAN KRIKLER

Impugnación de Acuerdos.

Resolución N° 009-94/CRE-CAL/Exp. 020-94

LA COMISION DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL:

VISTOS: El Recurso de Impugnación presentado por DAVID MAYO VARON, con fecha 13 de mayo de 1994, contra los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de MOISES ACKERMAN KRIKLER, realizada el 10 de junio de 1994, de conformidad con los avisos de convocatoria publicados en el Diario Oficial El Peruano y en el Diario El Comercio, y la ampliación de dicho recurso, presentado en la misma fecha, por medio de la cual se solicita, la suspensión de los efectos de tales acuerdos; y CONSIDERANDO: que mediante Resolución N° 002-94/CRE-CAL/EXP. 020-94, de fecha 26 de enero de 1994 se declaró la insolvencia de MOISES ACKERMAN KRIKLER; que por Resolución N° 005-94/CRE-CAL/Exp. 020-94, se reconoció el crédito invocado por DAVID MAYO VARON contra MOISES ACKERMAN KRIKLER, ascendente a la suma de US\$ 251,316.30, monto que equivale al 21.7020% del total de créditos reconocidos por la Comisión; que con fecha 13 de junio de 1994, el recurrente formula Impugnación a los acuerdos adoptados en la referida Junta de Acreedores, por considerar: 1) que a la fecha de celebración de la Junta de Acreedores en cuestión, no se habían dictado las normas complementarias a que alude la Primera Disposición Complementaria del D.L. 26116, por lo que existiría una clara imposibilidad jurídica de aplicar el tenor y espíritu de la norma al caso concreto de la persona natural y, 2) que en la adopción del acuerdo sobre la reestructuración económica y financiera de la empresa (*sic*), no se tuvo en cuenta ninguno de los motivos o considerandos enumerados en el artículo 15° del D.S. 044-93-EF, Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, ni siquiera el establecido en el inciso e) del citado artículo; que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12° del D.S. 044-93-EF, Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, esta Comisión resulta competente para conocer de la impugnación formulada, toda vez que el monto de los créditos reconocidos en favor del acreedor impugnante, no exceden de 500 Unidades Impositivas Tributarias; que el artículo 6° cuarto párrafo del D.L. 26116 y el artículo 12° inciso 1° del D.S. 044-93-EF, establecen que los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 20% del monto total de los mismos, podrán impugnar ante la Comisión los acuerdos adoptados en Junta de Acreedores; que con fecha 20 de junio de 1994 se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 12° inciso 3° del D.S. 044-93-EF, con la concurrencia del Presidente de la Junta de Acreedores, señor Henry Feiger Champín, del insolvente Moisés Ackerman Krikler y del apoderado de David Mayo Varón, según constancia que obra en el expediente; que examinando el presente caso, se aprecia que el acreedor impugnante fue el mismo que

con fecha 04 de enero de 1994, solicitó la Declaratoria de Insolvencia de MOISES ACKERMAN KRIKLER, sin hacer mención expresa, ni reserva alguna a los fundamentos a que alude en la presente impugnación; que el deudor no ha objetado este procedimiento, pues al apersonarse se ha limitado a señalar la inexistencia del crédito invocado por el solicitante, ofreciendo, alternativamente, preñar las acciones de la empresa CONSTRUCTORA MAK II S.A., en favor de éste; que esta comisión ha declarado la insolvencia de MOISES ACKERMAN KRIKLER, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que establece que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver por deficiencia de las leyes, las cuestiones que se les proponga y, tomando en cuenta que MOISES ACKERMAN KRIKLER realiza actividad económica, específicamente empresarial, conforme se ha evidenciado en autos, al identificarse como empresario en la Escritura Pública de Constitución de MAK ASOCIADOS S.A., cuya fotocopia del testimonio obra en autos, por lo que a criterio de esta Comisión le son aplicables los supuestos previstos en la Ley de Reestructuración Empresarial, en lo que resulte pertinente, de conformidad con lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria del D.L. 26116; que la Resolución N° 002-94/CRE-CAL/Exp. 020-94 que declaró la insolvencia de MOISES ACKERMAN KRIKLER, ha quedado consentida al no haberse presentado contra ella recurso impugnatorio alguno por parte de los interesados, oportunidad incluso, que tuvo el impugnante para hacer valer cualquier cuestionamiento contra el procedimiento, como los que motivan la presente impugnación; que de otra parte, la impugnación planteada resulta contradictoria, pues de un lado el recurrente argumenta la imposibilidad de aplicar las normas sobre reestructuración, disolución y liquidación extrajudicial o quiebra de empresa a las personas naturales y, por otro, señala que en la Junta de Acreedores de Moisés Ackerman Krikler no se han observado los requisitos exigidos por el artículo 15° del D.S. 044-93-EF, lo que resulta implicate, máxime si se tiene en cuenta que fue el mismo impugnante quien solicitó la Declaratoria de Insolvencia de Moisés Ackerman Krikler; que el hecho de que el recurrente solicite la Declaratoria de Insolvencia del deudor persona natural y sustente el segundo extremo de su impugnación en la inobservancia de las disposiciones del artículo 15° del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, al momento de aprobar la continuación de las actividades de la empresa, evidencia un tácito reconocimiento de la aplicabilidad de tales normas al caso concreto; que por las consideraciones expuestas

debe desestimarse el primer extremo de la impugnación formulada; que en lo que corresponde al segundo extremo de dicha impugnación, según consta del acta de Junta de Acreedores de MOISES ACKERMAN KRIKLER, realizada el 10 de junio de 1994, suscrita por el Presidente de la Junta de Acreedores, el representante designado por los acreedores para tal efecto y el Secretario Técnico de la Comisión, no se han observado los requisitos señalados expresamente en el artículo 15° del D.S. 044-93-EF, para adoptar válidamente el acuerdo sobre la continuación de las actividades de la empresa; que conforme lo dispone el artículo 5° último párrafo del D.S. 044-93-EF, Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, corresponde a la Comisión velar por la validez de los acuerdos adoptados en las Juntas de Acreedores; que por las consideraciones expuestas, cabe amparar la impugnación formulada, respecto al segundo extremo de la misma; en uso de las atribuciones concedidas por el Convenio de Delegación de Funciones celebrado entre la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado (INDECOPI) y el Ilustre Colegio de Abogados de Lima de fecha 15 de junio de 1993; aprobado por Resolución N° 002-92-CSA-P-INDECOPI de fecha 29 de junio de 1993 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° Cuarto Párrafo del D.L. 26116 y los artículos 12° Inciso 1° y 67° Inciso 5° del D.S. 044-93-EF; RESUELVE: Declarar fundada en parte la Impugnación formulada contra los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de MOISES ACKERMAN KRIKLER, realizada el 10 de junio de 1994 y, en consecuencia, sin efecto los acuerdos adoptados respecto a la reestructuración del insolvente, la designación del régimen de administración y la designación del Comité y de sus miembros, debiendo el Presidente de la Junta de Acreedores, convocar a nueva reunión para adoptar el destino de la persona natural declarada en estado de insolvencia, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 5° del D.L. 26116 y el artículo 9° de su Reglamento, debiendo tenerse en cuenta, de ser el caso, las consideraciones que anteceden; careciendo de objeto pronunciarse sobre la solicitud de suspensión de los acuerdos impugnados, en la medida que esta Comisión está declarando sin efecto tales acuerdos.

Ricardo Beaumont C. - Rolando Castellares A. -
Alfonso Morales A. - Juan M. Echevarría A.

b) Segunda instancia:

EXPEDIENTE N° 020-94
RESOLUCION DEL TRIBUNAL
104-95-INDECOPI/TDCPI
Lima, 07 de Febrero de 1995.

Visto el recurso de apelación interpuesto por DAVID MAYO VARON contra la Resolución N° 009-94/CRE-CAL/EXP. 020-94, de fecha 12 de julio de 1994; y

CONSIDERANDO:

Que la Primera Instancia declaró fundada en parte la impugnación contra los acuerdos adoptados en la Junta de Acreedores de Moisés Ackerman Krikler, en razón de que dicha Junta no cumplió con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 044-93-EF, y en consecuencia dejó sin efecto los acuerdos adoptados respecto a la reestructuración del insolvente, la designación del Comité y de sus miembros, debiendo el Presidente de la Junta de Acreedores convocar a una nueva reunión;

Que es preciso señalar que en el presente caso, el aspecto concerniente a la declaratoria de insolvencia de Moisés Ackerman Krikler -como persona natural- fue materia de pronunciamiento de la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima, que ha quedado consentido al no haber sido impugnado por ninguna de las partes en este proceso, conforme a lo establecido en la resolución apelada;

Que contrariamente a lo que sostiene la Primera Instancia, las disposiciones contenidas en el artículo 15 del Decreto Supremo N° 044-93-EF no constituyen norma imperativa, y por tanto no pueden ser consideradas requisito formal para la validez del Acuerdo; que de otro lado, la Junta de Acreedores goza de total autonomía para decidir sobre la continuación de las actividades del insolvente, siempre y cuando se cumplan los requisitos formales y de carácter obligatorio establecidos en los artículos 9 y 10 del mencionado dispositivo legal, debiéndose señalar que la Autoridad Administrativa -por delegación: la Comisión de Reestructuración Empresarial del Colegio de Abogados de Lima- interviene sólo asegurando el cumplimiento estricto de las disposiciones de naturaleza imperativa que la ley de la materia establece;

Que, en consecuencia los acuerdos de la Junta de Acreedores de Moisés Ackerman Krikler del 10 de junio de 1994 fueron adoptados con arreglo a ley;

De conformidad con el Decreto Ley 26116, Decreto Supremo N° 044-93-EF, Decreto Ley 25868 y el Decreto Supremo N° 025-93-ITINCI

RESUELVE:

REVOCAR la Resolución N° 009-94/CRE-CAL de fecha 12 de julio de 1994 y en consecuencia declarar válidos los acuerdos adoptados en la Junta de

Acreeedores de Moisés Ackerman Krikler realizada el 10 de junio de 1994, relativos a la reestructuración del insolvente y la designación del Comité y de sus miembros.

Jorge Fernández Baca
Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

5. EL DERECHO MERCANTIL PERUANO Y LA LEY DE REESTRUCTURACION EMPRESARIAL

Antes de comentar los alcances de las resoluciones antes transcritas, quisiéramos centrar nuestra atención en el proceso seguido en nuestro Derecho y en nuestra legislación hasta la adopción de la Ley de Reestructuración Empresarial. Estimamos que este recorrido nos permitirá entender un poco más la función y el sentido del Derecho Concursal de nuestro tiempo. Sucede que las instituciones son reflejo de su época y aunque los abogados están acostumbrados a contemplarlas estáticamente a través de las leyes, debe entenderse que el texto que uno tiene muchas veces frente a los ojos es producto de un proceso dinámico, que continúa produciéndose a pesar de la Ley y, muchas veces -felizmente- por ella.

5.1. Evolución del Derecho Mercantil:

Como mencionábamos al iniciar el presente comentario, la promulgación de la Ley de Reestructuración Empresarial en el Perú se inscribe dentro de un más amplio proceso de reforma del Derecho Comercial peruano. Ciertamente, tal proceso no es propio de nuestro país y constituye más bien el reflejo de las principales líneas que atraviesan actualmente todo el Derecho Comparado. Nuestra reforma mercantil, a grandes rasgos, se encuentra signada por la necesidad de hacer frente a las exigencias sociales y dejar de lado antiquilosas formas jurídicas, que no contribuyen al desarrollo de una economía de mercado. Se trata de olvidar construcciones dogmatizadas y aplicar, en cuanto fuera posible, el método de la atenta observación de la realidad del que empezó a hablar hace ya tanto Heckett.

En esta línea de pensamiento, confluyen en el De-

recho Mercantil de nuestro tiempo una serie de tendencias orientadoras: la progresiva extensión de las normas especiales a sectores no comerciales (por ejemplo, a los profesionales y artesanos); la generalización del Derecho Mercantil a todas las clases sociales, de modo que deja de ser un Derecho especial para convertirse en Derecho general o común; la objetivación del Derecho Mercantil legislado (se legisla sobre la perspectiva de los actos de comercio, sin importar los sujetos que intervienen en la relación); la reducción de la normativa privada especial mercantil (supresión de una jerarquía especial de fuentes del Derecho, unificación del Derecho de las obligaciones y contratos, unificación del Derecho Concursal, etc.); y, la institucionalización, que consiste en el sometimiento creciente de la conducta e instituciones privadas a cauces imperativos, orientados a conseguir una finalidad trascendente en los sujetos¹⁸.

Para Broseta Pont, el fenómeno de «comercialización del Derecho Civil» o de «generalización del Derecho Mercantil» que se vive actualmente, en función del cual se difunde el espíritu comercial en todas las clases sociales, habrá de producir diversos fenómenos en el Derecho privado, tales como «la unificación del Derecho de obligaciones, la cual debe concretarse en la desaparición (efecto de la unificación) del doble régimen civil y mercantil de la teoría general de las obligaciones y del Derecho concursal así como en la supresión de la doble regulación civil y mercantil de ciertos contratos»¹⁹. De hecho, la generalización del Derecho Mercantil a toda la sociedad ha hecho que, cada vez con mayor profusión, sea necesario discutir respecto del ámbito de estudio de esta rama jurídica.

Sin perjuicio de ello y al margen de la polémica que podría entablarse sobre el tema (y son muchas las posiciones que se han sostenido en relación con la vigencia del Derecho Comercial), conviene destacar que en el centro de la reforma se ubica la empresa, como fenómeno de la economía de nuestro tiempo. Si antaño el Derecho Mercantil apuntaba su atención sobre las figuras del comerciante individual y de los actos de comercio, hoy estos han sido desplazados como fundamento de estudio de la disciplina y en su lugar se ha instaurado la empresa²⁰. En efecto, las exigencias de or-

¹⁸ Para una mayor profundización, es recomendable la lectura de: VICENT CHULIA, Francisco. El Derecho Mercantil del neocapitalismo. En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 139, ene-mar 1976, pp. 55-61.

¹⁹ BROSETA PRONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 6ta. ed. Tecnos, Madrid, 1986. p. 57.

²⁰ Sobre el tema ha escrito con claridad destacable: MAFFIA, Osvaldo. "Metamorfosis de un concepto: de la cesación de pagos a la crisis empresarial". En: *Revista jurídica argentina La Ley*. Buenos Aires, 1984. v. 1984-c, pp. 776 ss. Para Maffía, no sólo en el ámbito concursal, sino en todo el Derecho Mercantil: la empresa está en el centro de la atención.

ganización o institucionalización de la empresa (a despecho de ciertos reparos doctrinales) están en el centro de las actuales reformas del Derecho de sociedades, del Derecho de la competencia, del Derecho concursal²¹.

De otro lado, la empresa es una realidad que hoy, al igual que la familia, involucra a los más amplios sectores de nuestra sociedad. A diferencia de lo que sucedía a fines del siglo pasado, cuando la actividad comercial propiamente dicha constituía la profesión de unos pocos (y en esa medida, el Derecho Comercial era un Derecho especial), la empresa atraviesa completamente el armazón social, requiriendo constantemente la adecuación de la legislación a las nuevas formas contractuales y de explotación económica que se construyen día a día. De cualquier forma, los particulares se han visto de tal forma rodeados por las normas comerciales, que de pronto se ha vuelto muy difícil distinguir cuándo nos encontramos ante una tema de Derecho Mercantil y cuándo no.

De esta forma, el Derecho Civil y Mercantil se acercan cada vez más y en algunos puntos -como en determinados contratos- se fusionan en los hechos. Debe recordarse que si bien la mayor parte de los países de la tradición romano-germánica postulan aún actualmente la separación del Derecho Civil y el Mercantil, tal separación no es un hecho universal, ni permanente: «antiguamente no existió en Roma, y modernamente no existe en Suiza, en Italia, y en los países anglosajones»²². A diferencia de la época romana, donde la necesidad de la autonomía del Derecho Mercantil no llegó a percibirse, la desaparición del Derecho Mercantil del marco legislativo contemporáneo se debe, precisamente, al fenómeno de *generalización* del Derecho Mercantil. Las ramas del Derecho no son categorías permanentes en el tiempo, sino que deben adaptar sus contenidos a la realidad social, que continuamente las cuestiona.

De alguna extraña forma, al evolucionar, el Derecho Mercantil tiende a su desaparición.

5.2. Evolución del Derecho Concursal

De la misma forma que la realidad ha exigido la

modificación del Derecho Mercantil, diferentes actores sociales han venido presionando desde hace algún tiempo por una radical reforma del Derecho Concursal. Precisamente porque las ideas centrales que motivan esta reforma han sido recogidas en nuestra Ley de Reestructuración Empresarial, parece necesario echar un vistazo -aunque sea breve- a la evolución que ha seguido, desde sus inicios, el tratamiento de la insolvencia y los remedios que tradicionalmente se han construido para hacerle frente.

5.2.1. Algunos conceptos preliminares

En lo que sigue, entenderemos por Derecho Concursal al conjunto de normas sustantivas y procesales reguladoras de las instituciones de la ejecución colectiva, mediante las cuales los acreedores concurren para satisfacer, hasta donde alcance el patrimonio de su deudor, sus propios créditos y se someten a reglas predeterminadas para la distribución o aplicación del producto de los bienes desapoderados²³.

Nuestro Derecho Civil²⁴ reconoce la facultad del acreedor para interponer un procedimiento de ejecución forzada en contra del deudor que hubiera incumplido con pagar la obligación a su cargo en forma oportuna, íntegra e idéntica. Este procedimiento es, como parece evidente, de naturaleza individual. Esto significa que, a pesar de que un deudor pueda tener varios acreedores, cada uno de ellos deberá iniciar procesos separados, con la mira de ejecutar algún bien de propiedad del deudor si éste se niega al pago. Recuérdese, al respecto, que el acreedor puede dirigirse contra cualquier bien de propiedad del deudor, independientemente de que éste hubiera otorgado en favor de aquél una garantía específica. Así, en circunstancias normales, el acreedor cuyo crédito venza precedentemente y que sea más diligente al iniciar el proceso de ejecución, podrá cobrar a su deudor antes que los demás acreedores. En circunstancias normales rige el principio según el cual el primero en el tiempo, es primero en el Derecho *-prior in tempore, potior in iure-*, principio que tan gráficamente resumiera Hedemann, al citar un antiguo proverbio alemán del siglo XIII que señala: el que primero llega al molino es el primero que muele²⁵.

²¹ VICENT CHULIA, Francisco. Op. cit, p. 46.

²² GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1976. pp. 29 ss.

²³ Estudio Haro Asoc. *Derecho de quiebras y nueva reestructuración empresarial*. Grijley, Lima, 1993. p. 114

²⁴ Inciso 1 del artículo 1219 del Código Civil.

²⁵ Citado por MIQUEL. *La retroacción de la quiebra*. Depalma, Buenos Aires, p. 8.

Aunque suele suceder que el deudor incumpla el pago de las obligaciones a su cargo por cuestiones meramente subjetivas (no desea pagar, dedica su dinero a otros fines, etc.)²⁶, en otras circunstancias el incumplimiento se produce simplemente porque el sujeto obligado se encuentra en imposibilidad de atender oportunamente sus deudas, por carecer de los recursos necesarios para ello (suele hablarse en este supuesto, de insolvencia). En estos casos, parece poco justo que el acreedor cuyo crédito ha vencido precedentemente pueda intentar una ejecución individual, sin que los acreedores cuyos créditos no han vencido aún puedan hacer nada. Admitir una situación de este tipo implicaría legitimar el perjuicio de los demás acreedores. Si esta salida fuera consentida por el ordenamiento jurídico, la sociedad recibiría un mensaje gravísimo, que desincentivaría por completo el otorgamiento de créditos. En esta línea, un sujeto racional se vería compelido a conceder créditos únicamente a aquellos deudores cuyas deudas (y el vencimiento de estas) conoce en su integridad. Si no se tomara esta precaución, el recupero del crédito sería un albur.

De otro lado, debe tomarse en consideración que cuando el deudor se encuentra en situación tal que no es capaz de hacer frente a todas sus obligaciones con los recursos con los que cuenta tenderá a actuar en salvaguarda de sus intereses y en desmedro del interés de los acreedores. Como señala Fusaro: caído en este estado, el comerciante -o civil- tratará de salvar sus intereses, sin tener en cuenta el de sus acreedores y proveedores. Podría también favorecer a unos pocos acreedores y desentenderse de otros²⁷. Las razones antes señaladas fundamentan en gran parte la necesidad de que el ordenamiento jurídico diseñe un procedimiento de ejecución colectiva, al que puedan acceder todos los acreedores del deudor; un procedi-

miento que se instaurará en aquellos casos en que el deudor no se encuentre en *capacidad actual* de hacer frente a todas las obligaciones a su cargo, lo que hace previsible el perjuicio de parte (o el total) de sus acreedores. Este procedimiento colectivo, a diferencia de cualquier procedimiento de ejecución individual, se rige por el principio de la *par conditio creditorum*, según el cual todos los acreedores concurren en igual medida sobre el patrimonio del deudor, entendiéndose vencidas aún aquellas obligaciones que debieran pagarse después de que se verifica el estado de imposibilidad de pago (insolvencia)²⁸. Tal como lo expresa Galgano, el principio de la *par conditio creditorum* constituye en el Derecho Concursal un reflejo de la justicia distributiva²⁹. El incumplimiento y la insolvencia son bien distintos. Cuando se habla de incumplimiento se comprenden una serie de situaciones caracterizadas por el hecho objetivo de que, a su vencimiento, una obligación no ha sido pagada de forma idéntica, íntegra y oportuna. La insolvencia, en cambio, presupone una situación o estado patrimonial en el que el deudor no puede satisfacer a sus acreedores en el momento en que ellos pueden exigirle el cumplimiento de sus obligaciones. En sentido técnico, la insolvencia es un desequilibrio patrimonial crónico y generalizado a la totalidad del activo, que aún cuando no se manifieste en un balance pasivo, impide al deudor cumplir sus obligaciones integralmente. El incumplimiento comprende a la insolvencia, pero no sucede lo contrario.

Como explica Fernández, la ejecución individual tiene en mira el incumplimiento y su objeto es compeler al acreedor al pago. Los procedimientos concursales, en cambio, tienen por mira la impotencia patrimonial del deudor, que constituye -en definitiva- la insolvencia³⁰.

²⁶ Como parece evidente, un Poder Judicial deficiente como el nuestro fomenta el incumplimiento por razones subjetivas, toda vez que el deudor se encuentra en posibilidad de prever que si él desea incumplir, no será constreñido rápida y efectivamente al pago.

²⁷ FUSARO, Bertelio. *Concursos. Teoría y práctica de la Ley N° 19.551*. Depalma, Buenos Aires, 1988. pp. 1-2.

²⁸ En general, los procedimientos concursales se rigen también por otros principios: universalidad del patrimonio (todo el queda afectado al proceso concursal), ejecución colectiva (en función del cual las ejecuciones individuales están prohibidas), intensificación de la defensa del acreedor frente al deudor (según el cual el deudor es desapoderado de sus bienes y pierde el derecho a su administración y disposición), entre otros. En la medida que resulta difícil probar la insolvencia, debe recurrirse a presunciones para establecer la procedencia del procedimiento concursal.

²⁹ GALGANO, Francesco. *Diritto Privato*. Cedam, Padua, 1983. p. 864.

³⁰ FERNANDEZ, R.I. *Fundamentos de la quiebra*. Depalma, Buenos Aires, 1927. p. 26.

En la medida que la insolvencia es el presupuesto activador del concurso, ha sido motivo de extensas formulaciones doctrinarias y legislativas, con el objeto de determinar cuándo se presenta. En primer lugar, debe destacarse que si bien una persona puede encontrarse en muy mala situación económica, porque su pasivo es mayor que su activo, la insolvencia sólo adquiere relevancia jurídica cuando se manifiesta al exterior y afecta a los acreedores. Es el perjuicio de éstos el que fundamenta el inicio del proceso concursal. En segundo lugar, conviene precisar que resulta harto difícil determinar en qué circunstancias el incumplimiento en el pago de las obligaciones a cargo del deudor se produce por causas subjetivas (es decir, porque no se quiere pagar) y cuándo se produce por una real imposibilidad de pago. Por esta razón, las legislaciones han reconocido desde hace mucho que la insolvencia³¹ puede exteriorizarse de diversas formas. En algunos casos, esas llamadas formas de manifestación de la insolvencia constituyen la presunción de que este estado se ha presentado, aun cuando efectivamente no suceda así. Mayoritariamente se han reconocido como tales:

- 1- La inexistencia de bienes libres que embargar.
- 2- La cesación de pagos.
- 3- La fuga u ocultamiento del deudor.
- 4- El incumplimiento de los convenios de suspensión de pagos, celebrados entre el deudor y sus acreedores para evitar un procedimiento concursal.

Entre los antes citados, la cesación de pagos ha sido la circunstancia que la mayor parte de las legislaciones han tomado como elemento de presunción de la insolvencia (algunas, incluso, identifican ésta con la cesación de pagos). La cesación de pagos viene relacionada con el momento en que el deudor deja efectivamente de hacer frente a sus obligaciones. Sin embargo, la formulación teórica de lo que debe entenderse por cesación ha variado a lo largo del tiempo; el concepto de cesación de pagos -o, quizás, el significado de la frase que lo expresa- no ha concluido de evolucionar³²:

³¹ Tradicionalmente se ha distinguido entre la insolvencia provisional y la insolvencia definitiva. La insolvencia provisional responde a aquellas circunstancias en que el deudor tiene un problema de liquidez, aun cuando su activo es efectivamente mayor que su pasivo. La insolvencia definitiva, en cambio, se presenta cuando la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones responde al hecho de que el pasivo del deudor es mayor que su activo. En el primer caso, los acreedores tienen suficientes garantías de que, si ejecutan el patrimonio del deudor, podrán hacer efectivo cobro de sus créditos (a la larga). En el segundo, el perjuicio es -por lo general- irremediable.

Para Broseta Pont -quien opina influido por su legislación- un procedimiento de ejecución colectiva de los bienes del deudor sólo es admisible ante la insolvencia definitiva. Cuando existe insolvencia provisional, cada acreedor podrá dirigirse individualmente contra los bienes del deudor o, en todo caso, se podrán celebrar convenios para refinanciar el pago de las obligaciones (véase, al respecto: BROSETA PONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. Tecnos, Madrid, 1986. p. 663 ss.). Este es también el parecer que, entre nosotros, sostiene Alfredo Ferrero (FERRERO, Alfredo. *Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial*. En: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n° 47, pp. 389 ss.).

Aun cuando no negamos la coherencia lógica de esta interpretación, no creemos que nos lleve a una situación adecuada o eficiente. Piénsese, en primer lugar que -como señalan Bonfanti y Garrone- lo que interesa en el mundo de los negocios es el cumplimiento estricto de las obligaciones, pero no en una liquidación final que determinará el total de (-) activo y (-) pasivo, sino en el momento de ocurrir los vencimientos. (BONFANTI, Mario y José GARRONE. *Concursos y quiebra*. 3ra ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. p. 38). De otro lado, no debe olvidarse que el hecho de que el activo sea mayor que el pasivo no puede llevarnos a concluir que el deudor se podrá encontrar en un futuro próximo en posibilidad de hacer frente a sus obligaciones, sin realizar gran parte de sus bienes. Supóngase si no el caso de un deudor que posee una casa avaluada en \$50,000 como único bien relevante o susceptible de ejecución y que tiene deudas por \$ 49,000. Es evidente que en tal supuesto, el activo es mayor que el pasivo, pero al mismo tiempo se cae en la cuenta de que no existe otra solución que vender o ejecutar la casa del deudor: no es previsible que éste pueda obtener en el corto plazo recursos para pagar a sus acreedores. Si se obliga a éstos a acatar un convenio de suspensión de pagos se actúa de forma arbitraria, porque -en el mejor de los casos- se los condena a conceder una inexorable prórroga. Asimismo, si la ley no otorga la posibilidad de iniciar un proceso concursal de ejecución, sino que sólo permite ejecuciones individuales, estaría generando inexplicablemente una solución harto ineficiente. En efecto, si se permitiera el concurso (aun en los casos de insolvencia provisional), este procedimiento de ejecución ayudaría a ahorrar recursos (en lugar de que el Poder Judicial intervenga en varios procedimientos, los órganos concursales intervienen en uno solo; los gastos de registrar sucesivos embargos son menores; la liquidación de los bienes del deudor es más rápida, etc). De esta forma, cada caso concreto presenta ribetes particulares que hacen -o no- recomendable la ejecución de los bienes del deudor. No puede afirmarse de forma amplia, que la solución en la insolvencia definitiva debe ser una y en la insolvencia provisional, otra.

³² MAFFIA, Osvaldo. "Metamorfosis de ..." Op. cit. p. 775.

1- En los albores del Derecho Concursal, la cesación que fundamentaba el concurso se entendía originada cuando el deudor dejaba de pagar oportunamente cualquier cantidad. Este sólo hecho lo constituía en quiebra³³ y al juez correspondía únicamente declararla. Nótese la rigidez de la concepción, en la medida que la cesación de pagos se identificaba con la insolvencia, pero también con el incumplimiento.

2- El *Code* Napoleónico, recogía la ecuación cesación = quiebra en su artículo 347, al señalar que todo comerciante que cesa en sus pagos está en estado de quiebra. Así, la situación de quiebra se producía en los hechos y al juez correspondía únicamente declararla.

3- En las interpretaciones del *Code*, empezó a exigirse con posterioridad -flexibilizando la aplicación de la ley- que la cesación fuera relevante e involucrara la generalidad de los pagos, al tiempo de que se planteaba la necesidad de cotejar los motivos de la cesación.

4- Se entendió finalmente (Bonello, 1905) que la cesación no consistía en dejar de pagar, sino en estar imposibilitado de hacerlo regularmente. Hoy, en muchos ordenamientos, la cesación de pagos o sobreseimiento general (en los pagos) se presenta cuando, atendiendo el volumen de las operaciones del deudor, éste incurre en reiterados e importantes incumplimientos³⁴. En este esquema, nuestra Ley de Reestructuración Empresarial presume la insolvencia del deudor es un caso de cesación de pagos: cuando el deudor no ha pagado -dentro de los treinta días de vencida la obligación a su cargo- un monto mayor de 50 Unidades Impositivas Tributarias. De cualquier forma, esta es una presunción *iuris tantum*, pues el deudor podrá probar que sí se encuentra en capacidad de pago y con ello paralizar el procedimiento concursal.

5.2.2. Evolución del Derecho Comparado

Tradicionalmente, las legislaciones han tratado duramente a los insolventes. Como recuerda Bastin, desde los primeros tiempos de la regulación concursal, la rigidez contra el insolvente ha sido característica común. No puede olvidarse que la prisión por deudas no ha desaparecido hace mucho de los ordenamientos jurídicos y que la muerte solía esperar a los quebrados fraudulentos: El quebrado fraudulento debe ser condenado al último suplicio mediante la horca rezaba un edicto de Carlos V en el siglo XVI³⁵. Sin embargo, el concepto de quiebra como sanción y la necesaria liquidación del patrimonio del deudor como única salida frente a la insolvencia han entrado en crisis. Veremos de explicar en las próximas líneas el curso de este proceso.

Con anterioridad a Roma no se encuentran huellas de las instituciones concursales hoy universalmente adoptadas y si bien el Derecho romano antiguo (Ley de las XII tablas) previó procedimientos colectivos de ejecución, éstos no configuran un antecedente válido de las figuras que nuestra Ley de Reestructuración Empresarial recoge. En esta línea lógica, no pueden considerarse antecedentes a la *manus iniecto*, la *pignoris capio*, y la *missio in possessionem*, que sólo fueron formas de acción sobre la voluntad del deudor reacio. La primera institución del Derecho Concursal surgió con el Derecho romano clásico: el *pactum ut minus solvatur*, que constituye -en palabras de Bonfanti y Garrone- una «especie de convenio de mayoría», que se celebraba entre el heredero y los acreedores de la herencia y que tenía por objeto la reducción de las deudas dentro de los límites del activo hereditario, a lo que el heredero condicionaba la aceptación de la herencia³⁶.

Con posterioridad fueron introducidas la *Lex Iulia*, que creó la *cessio bonorum* (según la cual el deudor podía abandonar sus bienes en poder de sus acre-

³³ Como se verá más adelante, la quiebra es el procedimiento judicial de ejecución de los bienes del deudor y ha constituido por siglos la principal figura del Derecho Concursal. Si bien la quiebra fue en sus orígenes figura preponderante del Derecho Concursal, poco a poco comenzaron a ser admitidas otras posibilidades de solución para el concurso. Así, se aceptaron los concordatos, convenios celebrados entre el deudor y sus acreedores para la suspensión y refinanciación de sus deudas, con el objeto de evitar la quiebra y sus drásticas consecuencias jurídicas.

³⁴ BROSETA PONT. Op. cit. p. 663.

³⁵ BASTIN, Jean. "De la insolvencia al incumplimiento de pago". En: THEMIS - Revista de Derecho, Segunda Epoca. n° 31, Lima, 1995.

³⁶ BONFANTI, Mario y José GARRONE. *Concursos y quiebra*. 3ra.ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. p. 14 ss.

edores para que ellos se hagan cobro de sus acreencias) y la *bonorum distractio* (en la que se estableció que un curador vendiera los bienes en forma singular, para evitar el beneficio de unos acreedores en perjuicio de otros, o el perjuicio del deudor en beneficio de los acreedores). Precisamente, esta figura constituye el primer paso hacia la publicitación de los procesos concursales, que empiezan a ser sustraídos del libre albedrío de los acreedores. Es, en el ámbito concursal, el paso de la autocomposición a la heterocomposición.

En el medioevo se afianzó el principio de la *par conditio creditorum*, promoviéndose el trato equitativo de los acreedores. En base a este principio, nacen como instituciones: la verificación de la existencia, exigibilidad y cuantía de los créditos; los delitos concursales; las sanciones accesorias y la quiebra de los comerciantes como principal preocupación. El afianzamiento del comercio en el período renacentista, particularmente en Italia, genera el nacimiento de un Derecho propio, estatutario, caracterizado por aplicarse únicamente a los comerciantes (éste es, precisamente, el nacimiento del Derecho Mercantil). El Derecho estatutario de los comerciantes incluyó su propia regulación de las instituciones concursales, que -junto con el comercio italiano- empezó a difuminarse a lo largo de toda Europa.

El procedimiento concursal en el Derecho común y estatutario era muy similar, para todos. Poco a poco, empezó a generarse una distinción entre el concurso civil y el mercantil en base al criterio de la *decoctio*, que dispuso normas especiales para los comerciantes, en particular en cuanto a las sanciones penales y extrapenales, de naturaleza más severa e ineludible. Es difícil determinar cuándo se produjo la escisión definitiva de los regímenes concursales, pero Bonfanti y Garrone³⁷ destacan que la ordenanza francesa de 1673 (también denominada Ordenanza de Colbert) se refería a comer-

cientes y no comerciantes, al igual que las leyes de otros países, antes del siglo XIX.

Quizá la división definitiva del concurso civil y mercantil puede ubicarse en el *Code* francés de 1807, que limitó la quiebra a los comerciantes³⁸. Este esquema fue rápidamente seguido en otros países (particularmente los de tradición romano-germánica), mientras otros permanecieron fieles al concepto de Derecho Concursal común (es el caso de los países anglosajones). No es otro el origen de esta distinción que -como se verá más adelante- resulta perniciosa para nuestro sistema económico.

En el Derecho Concursal del siglo XIX, de acuerdo con el principio originalmente esbozado por la Ordenanzas de Bilbao³⁹ y el Derecho estatutario, la quiebra se regulaba ya como una institución propia y exclusiva de los comerciantes. Así, el comerciante era tratado con mayor severidad, al punto que la prisión solía esperar a quienes tenían la mala suerte de fallar en los negocios. La presunción de fraude era amplísima y los presupuestos de la quiebra eran bastante más dilatados en el caso de los comerciantes⁴⁰. La institución de la quiebra (aplicable únicamente a los comerciantes) no apareció para proteger a toda la sociedad, sino más bien para proteger el interés general de la burguesía, de una clase social en particular⁴¹. Con la existencia de un mecanismo de ejecución colectiva se logró que el comercio se reputara cada vez como más serio, más seguro. La autodisciplina que se impuso a la clase comerciante tenía como objetivo aumentar sus ganancias. Como bien señala Torres y Torres-Lara, en la base del desarrollo de la clase capitalista se encontraba la necesidad de asegurarse el desarrollo del mercado de adquisiciones y de ventas; el primero, creando seguridades para conseguir el capital fijo y de trabajo y el segundo para vender la mercadería que le permitiera recircularizar la reinversión (...)⁴². Para lograr el

³⁷ Ibidem. p. 87.

³⁸ Así, quiebra fue denominado el proceso de ejecución colectiva dirigido únicamente contra los comerciantes.

³⁹ Se suele reconocer a las Ordenanzas de Bilbao como una de las primeras reglamentaciones completas acerca de la quiebra, en el aspecto procesal y material. Sobre el tema puede consultarse: FERRERO, Alfredo. "Del Derecho de Quiebra al Derecho Concursal Moderno y la Ley de Reestructuración Empresarial". En: *Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, n° 47, p. 387 ss.

⁴⁰ Ferrero señala que para que fuera declarada la quiebra de los comerciantes se requería un indicio de insolvencia. En cambio, en el caso de los no comerciantes (sometidos no al régimen de quiebra, sino al de concurso de acreedores) se exigía la comprobación de la insuficiencia patrimonial. Véase: FERRERO. Op. cit. Loc. cit.

⁴¹ GALGANO, Francesco. *Historia del Derecho Mercantil*. Laia, Barcelona, 1981. pp. 52 ss.

⁴² TORRES y TORRES LARA, Carlos. *Derecho de la empresa*. Nuevos temas. Asesorandina, Lima, 1989. p. 105.

ingreso del capital fijo, tenía que proteger fundamentalmente a sus prestamistas y proveedores.

Si se presta atención al proceso seguido por el Derecho Concursal hasta el siglo XIX, merecen destacarse cuando menos tres características:

1- El procedimiento concursal era único, en un inicio, tanto para comerciantes como para no comerciantes. Poco a poco, comenzó a generarse la diferenciación en el tratamiento. Esta diferenciación nominalmente se denotó con la utilización del término quiebra para el procedimiento concursal seguido contra los comerciantes y el término concurso civil o concurso de acreedores para el procedimiento seguido contra los no comerciantes⁴³.

2- A lo largo del proceso histórico puede observarse una morigeración en las sanciones aplicables a los insolventes. En un inicio eran tratados como delincuentes y solía esperarles la muerte o, con suerte, algunos años de cárcel. Posteriormente, las presunciones de fraude fueron reduciéndose y comenzó a entenderse la injusticia de sancionar excesivamente a los insolventes no culpables.

3- De otro lado, el objetivo principal del proceso concursal en toda la evolución histórica -hasta bien entrado el siglo XX- ha consistido en liquidar los bienes del deudor para pagar sus deudas. La liquidación, que en un inicio procedía aun por el incumplimiento de una deuda pequeña, poco a poco fue restringiéndose hasta el supuesto en que la cesación de pagos importaba la real imposibilidad de asumir el pago corriente de las obligaciones más importantes del deudor.

Ya en el siglo XX comenzó a discutirse la validez de ciertos postulados del tradicional Derecho de Quiebras, tomando en consideración -básicamente- la necesidad de proteger no sólo el interés de los acreedores, sino el interés de la sociedad en general cuando un deudor entra en estado de insolvencia.

En el contexto de la reformulación del Derecho Concursal, se plantea que la quiebra (y, en igual medida, el concurso civil) no es un instrumento positivo, porque suele generar altos costos sociales y, en esa medida, debe ser vista como última *ratio* para enfrentar la situación de insolvencia; se indica, asimismo, que con la liquidación actuada en el marco de un proceso de quiebra el resarcimiento del daño es ínfimo; y, por último, se postula la necesidad de considerar también el interés de los otros sujetos involucrados en el proceso: trabajadores, proveedores, clientes, Estado, etc.⁴⁴. El proceso de reforma del Derecho de Quiebras, en base a esta concepción inicial, aún continúa. No en vano ha dicho Jean Paillusseau que el Derecho de Quiebra está en quiebra.

En el ámbito de la empresa -al que dedica mayor atención el Decreto Ley N° 26116- se cuestiona la quiebra, postulando que la destrucción de una unidad productiva para pagar a los acreedores de su titular puede generar, a la larga, mayores perjuicios que beneficios. Desde esta perspectiva se postula que, en algunos casos, resulta más recomendable decidir la continuación de la empresa, reestructurando su actividad económica, con el objeto de que su titular se encuentre en capacidad de generar el flujo de caja necesario para hacer frente a sus deudas.

La «continuación de la empresa» es una noción recientemente ingresada en la vida económico-jurídica de las empresas en estado de insolvencia, con perfiles propios. En razón de que se valora a la empresa como eje sobre el cual gira la actividad económica de un país, las leyes de diversas naciones (México, Italia, Francia, etc.) permiten la posibilidad de continuar la empresa (e incluso la fomentan), cuando esa continuación reúne determinadas condiciones, sean ésta prefijadas por el ordenamiento o dispuestas por la autoridad competente e interviniente en el proceso concursal.

La continuación de la empresa no constituye necesariamente un perjuicio a los acreedores, ni implica negarles su derecho legítimo a cobrar⁴⁵. Tam-

⁴³ Es cierto, conviene precisarlo, que aunque las legislaciones de antigua data favorecían el procedimiento de ejecución propiamente dicho (bien mediante la quiebra o el concurso civil), se permitía de forma subsidiaria la celebración de convenios entre el deudor y sus acreedores para refinanciar las obligaciones pendientes de pago y evitar la liquidación (a estos procedimientos se les ha dado comúnmente el nombre de suspensión de pagos o concordato preventivo).

⁴⁴ La posibilidad de aumentar la satisfacción de los créditos, si la empresa se reorganiza, los enormes costes que comportaría la reasignación total de los recursos, el interés público que se vería afectado por la eliminación y la esperanza de abaratar los costes administrativos mediante procedimientos adecuados de conservación, inducen a creer que se ha llegado a una fase en donde la liquidación ha dejado de ser el criterio general del sistema concursal. BEAUMONT CALLIRGOS. *Ley de Reestructuración Empresarial y Derecho Comercial*. p. 307

⁴⁵ Piénsese, por todos los beneficios, en el hecho de que la permanencia de la empresa en el mercado asegura a los acreedores la permanencia de un cliente. Esto es tanto más importante para los acreedores financieros.

poco implica desconocer que el deudor mantiene la propiedad de sus bienes durante el proceso de reestructuración. Sucede que, por razones del comercio y de la economía crediticia, interesa al Estado que no desaparezca una empresa cuya persistencia en sus actividades es fuente de trabajo, de tributos y de bienestar para el país.

Es tan relevante la necesidad de no eliminar unidades productivas de la sociedad que en algunos casos se adopta el concepto de la «despersonalización de la unidad empresarial», según el cual se entiende a la actividad económica como independizada de la gestión administrativa que tuviere. Esta concepción permite desdoblar la gestión administrativa empresarial de la unidad económica para su conservación o continuidad de la vida empresarial, incluso simultáneamente con la sustitución de los directores, representantes legales y apoderados, suspensión de la Junta General de accionistas, asociados y titulares, y suspensión de los estatutos de la sociedad⁴⁶. Poco a poco, se ha pasado del Derecho de Quiebras al Derecho de las empresas en crisis⁴⁷. En la legislación comparada son muchas las soluciones adoptadas con el objeto de salvar empresas. En Francia, se ha admitido desde el año 1985 un procedimiento judicial para la salvaguarda de la empresa, el mantenimiento de la actividad y del empleo y la satisfacción del pasivo, que permite la protección de la empresa, aún en contra de los acreedores del deudor. Nuestra Ley aun está lejos de tal postura, porque si bien incorpora a los trabajadores a la Junta de Acreedores, lo hace justamente en su calidad de acreedores, de forma que si no se les adeudara suma alguna, nada tendrían que hacer en la Junta. En Argentina también se ha admitido

la continuación de la empresa durante la quiebra⁴⁸, eliminando la simple finalidad liquidatoria. En España, se buscó implantar -a través de la legislación- un plan de saneamiento, reestructuración y reconversión industrial, con el que el Estado pretendió reflotar todo su sistema empresarial, en especial las empresas cuya actividad era de interés general o pertenecían a sectores claves de la economía nacional⁴⁹. Debe, sin embargo, distinguirse entre la conservación de la empresa como medio (para el pago de los acreedores) y la conservación de la empresa como fin (para el respeto de intereses superiores). La continuación de la empresa en las modernas tendencias no se basa puramente en la posibilidad de que manteniendo la unidad productiva se pueda pagar a los acreedores. Por el contrario, el Derecho de las empresas en crisis postula la necesidad de que, muchas veces, se prefiera el interés de otros sujetos dignos de tutela: los trabajadores (que pueden perder su trabajo), los consumidores (que pueden ver restringida la oferta de productos necesarios para ellos), el Estado (que pierde tributos), etc. Así, en algunos casos la continuación de la empresa constituye, más que una posibilidad abierta a los acreedores, una obligación que incluso ellos no pueden eludir.

De esta forma, el Estado deja de intervenir como árbitro del proceso concursal, para tomar un posición preponderante en éste⁵⁰. El interés del Estado justifica la intervención de oficio de los órganos administrativos y judiciales encargados de llevar adelante el procedimiento concursal. No nos estamos refiriendo, ciertamente, al inicio del procedimiento, sino fundamentalmente al transcurso de éste.

⁴⁶ Estudio Haro Asoc. Op. cit. p. 120. Resulta interesante destacar que el principio de despersonalización de la unidad empresarial fundamenta el hecho de que nuestra Ley de Reestructuración Empresarial admita la sustitución de la gestión de la empresa durante el proceso de reestructuración.

⁴⁷ Sobre la sustitución de los procedimientos de liquidación concursal por procedimientos de reorganización puede verse: ROJO, Antonio. Notas para la reforma de la legislación concursal. En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 138, pp. 515 ss.

⁴⁸ Al respecto, puede verse BONFANTI, Mario y José GARRONE. *Concursos y quiebra*. 3ra. ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1981. p. 588.

⁴⁹ FERRERO, Alfredo. Op. cit. p. 399.

⁵⁰ "Hay casos en que la ley debe venir en auxilio de esa reorganización, sea porque las causas que causaron el desequilibrio fueron muy bruscas, por la pugna entre los acreedores, porque estos son numerosos y dispersos, u otras razones similares. De allí los procedimientos concursales apropiadamente denominados de "reorganización", que: (a) establecen una suspensión de las acciones contra el deudor, y (b) procuran un marco para facilitar un acuerdo entre el deudor y una parte que se considera representativa de sus acreedores, tal acuerdo será impuesto a los demás acreedores."

Las expresiones citadas se encuentran recogidas en la carta de disidencia que el distinguido jurista doctor Sergio Le Pera dirigió al Ministro de Justicia de la República Argentina, el 19 de mayo de 1993, en relación con el proyecto de modificación de la Ley N° 19.551 -Ley de Concursos Argentina-

En Francia, la Ley del 25 de enero de 1985 busca la conservación de la empresa y la protección de los trabajadores. El control del tribunal sobre el plan que guía el proceso de reestructuración (plan que es aprobado por los acreedores) es bastante amplio, hasta el punto en que este órgano lo admite o no, luego de escuchar en audiencia al administrador, a los trabajadores y a los acreedores. En la misma línea, el proyecto belga del 28 de octubre de 1983 introduce acciones orientadas a detectar las crisis empresariales, antes de que se conviertan en irremediables. Así, cada Tribunal de Comercio tiene a su cargo un equipo de investigación especializado.

Finalmente, en algunas legislaciones la insolvencia ya no es presupuesto del concurso, sino la crisis. Este es un concepto más amplio e innovador.

5.2.3. El Perú: de la quiebra a la reestructuración

La materia concursal ha sido regulada sucesivamente en el Perú por los siguientes textos legales:

a) El Libro IV del Código de Comercio de 1902 (denominado «Suspensión de pagos y de las quiebras»).

b) Los títulos IX, X y XI del Código de Procedimientos Civiles de 1912, denominados «Concurso de acreedores», «Suspensión de pagos» y «Quiebra».

c) La Ley Procesal de Quiebras N° 7566 del 2 de agosto de 1932, que inicialmente reguló un proceso común para comerciantes y no comerciantes, pero con posterioridad restringió únicamente a los comerciantes.

d) La Ley de Reestructuración Empresarial N° 26116 del 31 de diciembre de 1992.

En el nivel constitucional, los textos de nuestra primeras Constituciones trataban duramente al insolvente y suspendían su derecho de ciudadanía (al respecto, pueden revisarse los siguientes textos: artículo 25 de la Constitución de Cádiz de 1812; artículo 24 de la Carta de 1823; artículo 6 de la de 1828; artículo 4 del texto de 1834; artículo 10 de la Constitución de 1856 y artículo 41 de la de 1860).

La historia de nuestro Derecho Concursal se encuentra marcada por la figura de la quiebra, lo que no resulta extraño, como se ha visto anteriormente. Esta institución fue configurada y reconfigurada en pocas oportunidades, hasta su formulación actual. Al igual que en el Derecho Comparado, en los orígenes del Derecho Concursal en el Perú, la quiebra representó la sanción que los acreedores imponían -a través del Estado- al deudor insolvente. Con posterioridad se la conceptualizó como el mecanismo de ejecución de los bienes del deudor.

Esta es precisamente la línea de pensamiento seguida por nuestro Código de Comercio de 1902. Este cuerpo legal, siguiendo la tendencia mundial entonces vigente, recogió a la quiebra como régimen especial de los comerciantes y estableció preferencias inauditas en su favor. La preferencia por los comerciantes puede apreciarse en las palabras de De la Lama: «Y como el estado de quiebra se ha introducido para estimular y fomentar el desarrollo del crédito; cuando no exista motivo especial de preferencia en favor de algunos créditos, la ley debe dársela, tratándose de acreedores comunes, a los que lo sean por operaciones mercantiles»⁵¹. El procedimiento regulado en el Código de Comercio introdujo, como novedad de su tiempo, el tratamiento de la quiebra de las sociedades mercantiles. En su origen, sólo se había regulado la quiebra de las personas naturales. El propio De la Lama destaca que «la necesidad de los tiempos aconsejaba imperiosamente la conveniencia de dictar algunas reglas especiales para la más adecuada y justa aplicación de aquella doctrina a las sociedades y compañías; supliendo el vacío que se advertía en el Código derogado que sólo contenía alguna que otra disposición aislada acerca de esta complicada materia»⁵². Con posterioridad, el Código de Procedimientos Civiles distinguió el concurso de acreedores de la quiebra. El primero para el no comerciante y el segundo para el comerciante que cesaba en el cumplimiento de sus obligaciones. Así, nuestro ordenamiento jurídico reprodujo la tradicional división del Derecho Concursal⁵³. Algunos años después, la diferencia de procedimientos fue eliminada por la Ley Procesal de Quiebras (Ley N° 7566) de 1932, que constituyó en realidad una reproducción de la Ley de Quiebras de Chile del 23 de julio de 1931. La Ley N° 7566

⁵¹ DE LA LAMA, MA. *Código de Comercio*. Gil, Lima, 1902. p. 173

⁵² *Ibidem*. Loc cit p. 175

⁵³ Puede verse: SANCHEZ PALACIOS, Manuel. "Apuntes sobre la Ley 7566". En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*. Lima, año iii, n° 1, pp. 35 ss.

acogió el principio de la unidad, según es de verse del texto de su artículo primero, que señala: «el juicio de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica, sea o no comerciante[...]».

Si bien en un principio nuestra Ley Procesal de Quiebras estableció que podían ser declarados en quiebra los comerciantes y los no comerciantes, a partir de la dación de la Ley N° 16267 del 21 de octubre de 1966 se modificaron los alcances del inciso IV del artículo 13 de la Ley Procesal y se introdujo la exigencia de que el deudor requerido para el señalamiento de bienes libres para el embargo debía ser comerciante y que el acreedor solicitante debía tener igual calidad de comerciante⁵⁴. Desde esa fecha, en nuestro país no ha podido concurrirse a los deudores civiles y existe reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema en tal sentido.

En el plano del funcionamiento de la norma, es concluyente la opinión de Victor Carlos Schwartzmann, para quien el sistema de la Ley N° 7566 no permitía alternativas distintas a la quiebra, privilegiaba al acreedor individual frente al conjunto de los acreedores (al admitir que la quiebra pudiera ser declarada por iniciativa individual) y otorgaba a un tercero ajeno a las partes en conflicto (el síndico) la tarea de liquidar los bienes del fallido, lo que hacía de mala forma, por estar más interesado en cobrar rápidamente sus honorarios, que en realizar los bienes al mejor valor posible⁵⁵. Poco a poco, sin embargo, nuestro ordenamiento concursal se fue contagiando de la doctrina de la conservación de la empresa a que hemos aludido en el punto anterior. En el Perú, el proceso de protección de la empresa es, contrariamente a lo que podría pensarse, anterior a la Ley de Reestructuración Empresarial. En esta línea se incribía, por ejemplo, el artículo 366 de la Ley de Sociedades Mercantiles, según el cual el Estado podía ordenar la continuación forzosa de una sociedad si la consideraba de necesidad y utilidad para la economía

nacional o el interés social, no obstante el acuerdo de disolución adoptado por la junta general de accionistas. También debería mencionarse el Decreto Ley N° 20023 del 16 de mayo de 1973, según el cual se concedió a la Comunidad Laboral el derecho de administrar la empresa si el síndico de la quiebra se lo comisionaba⁵⁶. Por último, puede ser interesante rescatar una medida como la contenida en el Decreto Ley N° 26395 -que prorrogó los efectos de la Ley N° 26245-, por la cual se suspenden hasta el 31 de diciembre de 1995 los efectos del inciso 3 del artículo 359 de la Ley General de Sociedades⁵⁷.

En 1989, el profesor Flores Polo destacaba que «desde 1970 se vienen dictando en el Perú numerosas disposiciones sobre aspectos que correlacionan la institución de la quiebra con el interés social, el interés del consumidor y el interés general que prevalece sobre el interés particular en casos que son típicos de la problemática empresarial, como la continuación forzosa de empresas declaradas en quiebra, dedicadas al servicio público [...] o la continuación provisional de empresas quebradas que tienen Comunidad Laboral»⁵⁸.

Ciertamente, el principio de continuación forzosa de la empresa fue entendido de muy mala forma por el gobierno militar, que insistía en mantener en operación verdaderos elefantes blancos (como Super Epsa), caracterizados por su ineficiencia. En este contexto, muchas veces la continuación fue más perjudicial que la quiebra.

A despecho de medidas legislativas de continuación de empresas, la necesidad de modificar radicalmente el régimen concursal se mantuvo patente. El doctor Luis de la Torre indicaba, también en 1989, que: «En lo que va de la presente década se han (*sic*) producido en el Perú la Quiebra de 345 empresas; muchas de ellas con un inmenso patrimonio y de importancia capital en la economía nacional, no se salvaron de la quiebra por falta de

⁵⁴ FLORES POLO, Pedro. *Derecho de Quiebras*. Marsol, Trujillo, 1989. p. 86.

⁵⁵ SCHWARTZMANN, Victor Carlos. "Quiebras e Insolvencia". En: *Invirtiendo en el Perú*. Apoyo, Lima 1993. pp. 355 ss.

⁵⁶ Posteriormente, mediante Decreto Ley N° 21584 del 10 de agosto de 1976, el derecho de administración se extendió a todos los trabajadores.

⁵⁷ El inciso 3 del artículo 359 de la Ley General de Sociedades regula la pérdida del capital social como causal de disolución. La causal se configura cuando el patrimonio neto de la sociedad se reduce a una cifra inferior al tercio del capital social o cuando se pierde en más de dos tercios. Sin embargo, es causal de insolvencia por el proceso contenido en la Ley de Reestructuración Empresarial.

⁵⁸ FLORES POLO, Pedro. *Derecho de Quiebras*. Marsol, Trujillo, 1989. p. 18.

un instrumento legal que hiciera viable su mantenimiento como unidad productiva; los instrumentos legales existentes destinados a este fin son defectuosos y algunos incompletos, de manera que el tema del mantenimiento de la unidad productiva y, en general, de los convenios o concordatos deben ser uno de los fundamentales en la reforma de la Ley de Quiebras⁵⁹».

De acuerdo con la necesidad social⁶⁰, la Ley de Reestructuración Empresarial fue promulgada en diciembre de 1992 con la expresa finalidad de ayudar a las empresas que sufrían las consecuencias del proceso de ajuste de la economía nacional. En efecto, de este modo se creó una base normativa que concede a las organizaciones empresariales la oportunidad de adecuar su estructura administrativa y financiera a estándares de eficiencia mínimos que les permitan competir en una economía de libre mercado, y en caso de que ello no sea posible, faciliten la liquidación de los patrimonios afectados a la actividad empresarial a través de convenios de liquidación extrajudicial o procesos de quiebra administrados por entidades liquidadoras autorizadas o empresas bancarias.

Teniendo esto presente, resulta evidente que la norma no pretendía, ni pretende regular situaciones de insolvencia de personas naturales (por lo menos, no fundamentalmente).

6. LA CONFUSION DE FONDO: REESTRUCTURACION EMPRESARIAL DE LAS PERSONAS NATURALES

Ha quedado señalado líneas arriba que la Ley de

Reestructuración Empresarial admite tres figuras en nuestro ordenamiento concursal: la quiebra, la liquidación extrajudicial y la reestructuración económica y financiera. Las líneas generales en función de las cuáles se orientan cada una de las figuras quedan, por lo demás, absolutamente claras. Sin embargo, quizá por haber sido emitida entre gallos y medianoche⁶¹, la Ley de Reestructuración Empresarial tiene vacíos, y algunos de ellos de importancia. De alguna forma, nos encontramos ante una ley concursal *sui-generis*, por la cantidad de remisiones al reglamento que contiene. Hasta se diría que no le alcanzó tiempo al legislador para terminarla y tuvo que actuar lo más apresurado que pudo.

Uno de los grandes problemas de interpretación que provoca nuestra norma concursal se refiere a su ámbito de aplicación. El problema se origina por las implicancias de dos normas: el artículo 1 de la Ley y su Primera Disposición Complementaria. Con el objeto de dejar establecidos en su integridad los alcances de la discusión, transcribimos a continuación los textos completos de los artículos en disputa:

Artículo 1.- El presente Decreto Ley establece las normas aplicables a la reestructuración económica y financiera, liquidación extrajudicial y quiebra de empresas.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se consideran empresas las establecidas o constituidas en el país al amparo de cualquiera de las modalidades contempladas en la legislación nacional.

⁵⁹ DE LA TORRE, Luis. Apuntes sobre el mantenimiento de la unidad productiva en la reforma de la Ley de Quiebras. En: *Revista del Foro*. Lima, ene-jun 1989, n° 1, p. 254.

⁶⁰ Una de las normas en que con mayor claridad se patentiza el ánimo social dentro del cual se dictó la Ley de Reestructuración Empresarial es, sin lugar a dudas, la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 757 -Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada-, promulgada el 8 de noviembre de 1991, que dispone lo siguiente:

"Las medidas excepcionales de interés nacional que deben adoptarse en vías de reconversión industrial para adecuar la situación de las empresas a los cambios en el entorno mundial y las acciones conducentes para lograr la competitividad de los sectores productivos nacionales frente a los productores internacionales y, en especial, como consecuencia de los acuerdos internacionales en el ámbito latinoamericano y de los países integrantes del Pacto Andino se rigen por los siguientes principios:

- Los fundamentos del régimen económico de la República, previstos en el artículo 110 de la Constitución Política.
- Las exigencias para la actividad empresarial contenidas en el artículo 130 de la Constitución Política.
- El cumplimiento de los tratados, en particular los relativos a la integración, a que se refieren los artículos 100, 101 y 106 de la Constitución Política.
- El deber de todos los peruanos de contribuir al bien común."

⁶¹ No debe dejarse de lado el hecho de que la Ley fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el 31 de diciembre de 1992, es decir, el último día en que podían publicarse (y entrar en vigencia) Decretos Leyes emitidos por el Poder Ejecutivo. Al día siguientes, tal función se trasladó al Congreso Constituyente Democrático (CCD)

No están comprendidas en el presente Decreto Ley las entidades sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Banca y Seguros y de Administradoras de Fondos de Pensiones, que se regirán por las leyes que las regulan.

Primera Disposición Complementaria.- Lo dispuesto en el presente Decreto Ley regirá para las personas naturales no consideradas empresas conforme al artículo 1º, en lo que les resulte aplicable, según lo establezcan las normas complementarias del presente Decreto Ley. Asimismo, tales normas complementarias señalarán los casos en los que dichas personas podrán ser declaradas en quiebra.

Son muchos, y variados, los problemas que la aplicación conjunta de ambas normas genera:

- a) ¿Qué debe entenderse por empresa, cuando el término es usado por el artículo 1º de la Ley?
- b) ¿Qué son las personas naturales no consideradas empresas a que se refiere la Primera Disposición Complementaria de la Ley?
- c) ¿Diferencia nuestro ordenamiento -a propósito de las normas antes transcritas- entre el concurso de los comerciantes y el concurso de los no comerciantes?
- d) ¿A quiénes, en definitiva se aplica nuestra Ley?

6.1. Confusión menor. Empresa y empresario:

Siendo que el artículo 1 de la Ley declara que -en principio- sus normas son aplicables a las empresas establecidas o constituidas en el Perú, resulta necesario delimitar cuál es el concepto de empresa que nuestro ordenamiento jurídico acoge. Quizá convenga para ello remitirse a las definiciones contenidas en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 044-93-EF -Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial-. Allí, seguramente con la intención de delimitar con precisión el ámbito de

aplicación de la norma, el reglamentador definió a la empresa de la siguiente manera:

Empresa.- 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 1º de la Ley. Se incluye a las sucursales en el Perú de empresas o sociedades con sede en el extranjero.

Aun cuando es evidente que el artículo 1º del reglamento no contiene realmente una definición (pues después de su lectura se sigue manteniendo la pregunta respecto del concepto de empresa), no deja de ser interesante el hecho de que esta norma distingue la diferencia entre los conceptos de sociedad y empresa al declarar que se incluye en los alcances de la norma a las *empresas* o *sociedades* con sede en el extranjero. De esta suerte, puede arribarse a una primera conclusión: cuando el artículo 1º de nuestra Ley se refiere a empresas, no puede equipararse este concepto con el de sociedades. Así, pueden considerarse como empresas -para efectos de nuestra Ley- a formas de organización distintas de las sociedades mercantiles.

Sin embargo, esta conclusión ayuda poco, pues subsiste el cuestionamiento. Una escrupulosa revisión de la legislación peruana ha llevado a diversos autores a afirmar que en nuestro ordenamiento no existe una definición jurídica de la empresa⁶². Nuevamente, sin embargo, la polémica no se encuentra restringida al Derecho peruano: aunque algunas legislaciones han intentado definir a la empresa (es el caso del Código Civil italiano de 1942), son innumerables los países en que el concepto permanece indefinido legalmente.

Para algunos escépticos, la empresa constituye un concepto económico inasible por la ciencia jurídica. Estos postulan conservar indefinido el término⁶³. Para otros, el concepto jurídico debe elabo-

⁶² Sin embargo, nuestros legisladores suelen utilizar el término repetidas veces, intentando significar -en realidad- distintas cosas. (TORRES y TORRES-LARA, Carlos. *Derecho de la empresa. Nuevos temas*. Asesorandina, Lima, 1989) Sin perjuicio de lo anterior, algunas de nuestras leyes intentan una aproximación al concepto de empresa. Entre las propiamente mercantiles puede destacarse el Decreto Legislativo N° 705 -Ley de promoción de microempresas y pequeñas empresas- que contiene quizá la aproximación más acusada en nuestra legislación. En efecto, el artículo 1 de esta norma establece expresamente: "Para los fines del presente Decreto Legislativo se define como Micro Empresa o Pequeña Empresa a aquella empresa que opera una persona natural o jurídica bajo cualquier forma de organización o de gestión empresarial, y que desarrolla cualquier tipo de actividad de producción, o de comercialización de bienes, o de prestación de servicios". Al mismo tiempo, esta norma distingue adecuadamente entre los conceptos de empresa y empresario, como se verá seguidamente.

⁶³ De alguna forma, esta es la tendencia adoptada por nuestra Ley de Reestructuración Empresarial. Una indefinición de este tipo podría basarse en la idea de que existe flotando en alguna parte, en la conciencia social una noción compartida de lo que debe entenderse como empresa. Sin embargo, creemos que tal noción no existe.

rarse a partir de la observación de la realidad. Estos sostienen que no sólo es posible, sino que es necesaria la regulación de la empresa, como fenómeno principal de nuestro tiempo.

Carece de sentido referirse extensamente a las diferentes concepciones sobre la empresa que se han esgrimido en doctrina⁶⁴. Basta por ahora con indicar entre las principales a las siguientes: la que identifica empresa con sociedad mercantil (que ha sido desde hace mucho descartada, por entenderse que el primero de los términos comprende al segundo); aquella que postula que la empresa es la organización de los factores de producción (concepción organicista); y, por último, la que concibe a la empresa como una actividad económica (más propiamente, como la actividad económica del empresario).

En España adhirió a la tesis organicista el profesor Joaquín Garrigues, para quien concebir a la empresa como una actividad implicaba desconocer que ésta no se agota en los actos de su titular, sino que adquiere entidad propia en función de la forma cómo han sido organizados los diferentes factores de la producción a los efectos del desarrollo de la actividad económica. En tal sentido, él mismo concluye: «económicamente, la empresa es la organización de los factores de la producción (capital, trabajo) con el fin de obtener una ganancia ilimitada»⁶⁵. En esta línea de pensamiento, empresa es la organización de la actividad económica y empresario es el titular de esta organización⁶⁶.

Del lado de los «activistas» se ha ubicado, en la

península ibérica, el profesor Rodrigo Uría. Este ha sostenido, en repetidas ocasiones, que en la concepción organicista de la empresa, la distinción entre ésta y el establecimiento comercial apenas si es visible⁶⁷. En efecto, el concepto de establecimiento mercantil, hacienda mercantil o establecimiento comercial (*fonds de commerce* para los franceses y *azienda* para los italianos) alude al cúmulo de elementos materiales y no materiales que el empresario afecta para el desarrollo de su actividad económica. De esta suerte, sostiene Uría, si la concepción del establecimiento mercantil es comúnmente aceptada en doctrina y en gran parte de las legislaciones, ¿cómo puede distinguirse entre ésta y la empresa? Parece ser que, únicamente por la negación de la existencia de alguna de estas dos categorías. Para Uría (y, ciertamente, para todo aquél que sustente que la empresa es una actividad) aparece como más razonable su concepción, en la medida que permite distinguir claramente a la empresa (como actividad económica del empresario), al empresario (como titular de la empresa⁶⁸), y al establecimiento comercial (como conjunto de bienes que el empresario explota en la realización de su actividad económica⁶⁹).

Por nuestra parte, consideramos que la concepción organicista puede inducir a errores adicionales al apuntado por Uría. Esto sucede básicamente en el caso de que el titular de la empresa sea una sociedad mercantil, porque entonces la organización de la sociedad -titular de la empresa- aparece confundida con la propia empresa, que se supone es también organización⁷⁰. En buena cuenta, parece más razonable adoptar aquella idea según la

⁶⁴ Para un mayor desarrollo del tema, puede consultarse: GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1976. pp. 300 ss.

⁶⁵ *Ibidem*. p. 166.

⁶⁶ Los organicistas destacan que cuando el titular de la empresa es una sociedad mercantil, la sociedad constituye la organización del empresario. En este caso, la empresa continúa siendo la organización de los factores de producción. Así, sociedad y empresa son ambas organizaciones, pero organizan distintos elementos.

"Tanto la empresa como la sociedad descansan en el elemento de la organización. Pero en la empresa se organizan los factores de la producción, mientras en la sociedad anónima se organiza sólo uno de ellos: el empresario, el cual, a su vez, organiza la empresa, como jefe y titular de ella" (GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 316)

⁶⁷ URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1982.

⁶⁸ "Empresario es la persona que ejercita una empresa, y éste es un especial modo de desarrollar una actividad económica cualificada" URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1982. p. 30.

⁶⁹ Conviene anotar, aunque sea de pasada, que no es necesario que el empresario sea dueño del establecimiento comercial. Por ejemplo, no es necesario que el industrial textilero sea dueño de la máquina que utiliza producir telas.

⁷⁰ A esta confusión contribuye el hecho de que -como enseña PIRAS-: "Acontece en puridad (...) que la sociedad en nuestro derecho es siempre empresa, y que la organización de la sociedad, más allá de las apariencias, se concreta realmente en la organización de la empresa." PIRAS, Antonio. "Nuevas formas de organización de la actividad de empresa". En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 153-154, jul-dic 1979. p. 600. En el mismo sentido se expresa Garrigues, para quien la sociedad mercantil siempre nace para formar una empresa (GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid, 1976. p. 316). Finalmente, el inciso 2 del artículo 1 de nuestro Código de Comercio califica a las compañías mercantiles o industriales como comerciantes, *ipso iure*.

cual la empresa constituye la actividad económica del empresario⁷¹. De cualquier manera, resulta bastante claro que el titular de la empresa es el empresario y que, al mismo tiempo, es quien se beneficia o perjudica con el resultado de la actividad económica. El empresario es sujeto de derechos y obligaciones, mientras que la empresa no. Por esta razón, parece irracional referirse a empresa en la forma que lo hace nuestra Ley de Reestructuración Empresarial en su artículo 15 -por mencionar tan solo un caso-, en el que admite la posibilidad de que la empresa celebre un convenio de liquidación extrajudicial con sus acreedores. Es evidente que aquí la norma quiso referirse en realidad al empresario, pues -como bien apuntan Zatti y Colusi-: «siempre que se habla de la empresa como sujeto activo o pasivo de cualquier relación jurídica (laboral, mercantil o fiscal), o como sinónimo de sociedad mercantil, o como soporte de obligaciones legales, el término viene realmente referido al empresario y no a su específica actividad»⁷². Con todo, no deja de llamar a confusión que la Primera Disposición de nuestra Ley admita, aunque sea de modo inconsciente, la existencia de personas naturales no consideradas *empresas*. Sucede que con esa frase tan poco feliz deja entrever la posibilidad de que nazcan personas naturales consideradas empresas, a despecho de cuanto afirmamos ni bien iniciado el presente comentario. Por esta razón, en la misma línea de lo expresado por Zatti y Colusi, nos parece necesario (y razonable) reconducir esta expresión hacia una idea alterna, en función de la que debería entenderse que cuando la Ley hace referencia a personas naturales no consideradas *empresas* se refiere en realidad a las personas naturales no consideradas *empresarias*. En definitiva, la pequeña confusión de nuestra Ley de Reestructuración Empresarial no modifica la realidad y subjetiviza a la empresa; el empresario es el único sujeto de obligaciones y derechos y el único que, en consecuencia, puede ser sometido a un proceso concursal⁷³. Todo lo dicho en el presente punto nos sirve para extraer, cuando menos, dos conclusiones que resultan aplicables al caso Ackerman:

1- 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 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. De esta suerte, la Ley de Reestructuración Empresarial sí sirve para reestructurar personas naturales; siempre y cuando estas personas naturales detentaran la calidad de empresario.

2- En general, toda otra referencia a empresa hecha en la Ley, cuando se hubiera hecho para designar a un sujeto de derechos y obligaciones, debe sustituirse -únicamente con el objeto de otorgar más claridad al texto- por el término empresario. En esa misma línea, debe leerse la Primera Disposición Complementaria de la Ley entendiendo que lo dispuesto en la Ley de Reestructuración Empresarial regirá para las personas naturales no consideradas empresarias conforme al artículo 1, en lo que les resulte aplicable, según lo establezcan las normas complementarias (respectivas). En consecuencia, esta Disposición Complementaria termina afirmando por negación lo que habíamos adelantado se infiere del artículo 1 de la Ley: los empresarios individuales (personas naturales consideradas empresarias) sí pueden ser declarados insolventes de acuerdo con el Decreto Ley N° 26116.

6.2. Confusión en el tiempo. De comerciante a empresario:

De cuanto hemos expresado en el punto anterior, parece necesario delimitar cuál es el alcance del término empresario individual, al que se refiere implícitamente la Primera Disposición Complementaria de la Ley. Este, al igual que el concepto

⁷¹ Sobre el desarrollo de esta idea, que por razones de espacio hemos expuesto de forma resumida, puede consultarse: PIRAS, Antonio. "Nuevas formas de organización de la actividad de empresa." En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 153-154, jul-dic 1979. pp. 596 ss.

⁷² ZATTI, Paolo y Vittorio COLUSI. *Lineamenti de Diritto Privato*. Cedam, Padua, 1989. p. 30.

⁷³ En realidad, son marcadas las diferencias entre el concepto de empresa y el concepto de empresario. Son tan fuertes que, como ya hemos dejado anotado, nuestra propia Ley permite la disgregación del par empresario-empresa, al facultar a la Junta (artículo 8) para que, cuando hubiera decidido la instauración de un proceso de reestructuración empresarial, decida seguidamente si conserva a la administración existente o si designa nuevos administradores.

de empresa, no se encuentra definido expresamente en nuestra legislación mercantil.

Manuel Broseta Pont señala que el contenido del Derecho Mercantil en la actualidad se estructura en torno a tres elementos esenciales: la empresa, el empresario y la actividad externa y conjunta de ambos. Como elemento esencial del nuevo Derecho Mercantil, el propio Broseta Pont define al empresario mercantil como 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»⁷⁴. Este es también el sentido que el artículo 2082 del Código Civil italiano otorga al término: es empresario quien ejerce profesionalmente una actividad económica organizada a los fines de la producción o del intercambio de bienes o de servicios.

Desde hace ya bastante tiempo comparten el escenario de la empresa los empresarios individuales (personas naturales) y los empresarios colectivos (sociedades mercantiles). Pero si bien en un primer momento la actividad empresarial era ejercida fundamentalmente por personas físicas actuando independientemente, en la actualidad las sociedades ocupan un lugar preponderante en la economía mundial. La regla de hoy son los empresarios colectivos. En la lógica contemporánea, la sociedad es percibida -más que como un producto- como una necesidad de la economía masificada y vía fundamental para permitir la acumulación de capitales.

Sin perjuicio de lo anterior, los empresarios individuales⁷⁵ siguen actuando en nuestra sociedad,

por lo que es conveniente intentar una aproximación jurídica al tema. Como ya hemos adelantado, el principal escollo a superar se encuentra en su indefinición legislativa. Esto no imposibilita del todo una construcción que parta de bases normativas, desde que el concepto de empresario individual ha sido asimilado en doctrina al concepto de comerciante (que, por lo demás, se encuentra plasmado en el artículo 1 de nuestro Código de Comercio). En efecto, tal como señala Garrigues, «la doctrina que vincula de una u otra forma el Derecho Mercantil con la empresa sustituye la noción de comerciante por la de empresario o empresario mercantil»⁷⁶. Tal asimilación, compartida por lo demás en la doctrina del Derecho Comparado, recibe consagración definitiva en el artículo 2082 del Código Civil italiano⁷⁷, que abandonó el tradicional recurso a la fórmula del comerciante de los Códigos de Comercio inspirados en el *Code napoleónico* de 1807. En consecuencia, la figura del comerciante individual persona natural ha desaparecido del ordenamiento jurídico de dicho país y hoy se ha dado paso al empresario individual⁷⁸, independientemente de la forma jurídica que éste adopte⁷⁹. Rodrigo Uría señala al respecto que «este concepto (el de empresario individual) tiene en la técnica jurídico-mercantil moderna significación equivalente al concepto de comerciante en la técnica del Código de Comercio»⁸⁰.

En la medida que nuestro ordenamiento no contiene referencia expresa al concepto de empresario individual, tomaremos la asimilación antes detallada por válida, sobre todo en consideración a que la función del comerciante en la economía del siglo pasado es similar a la del empresario en el mundo contemporáneo. En consecuencia, deberá entenderse que son exigibles al empresario -en

⁷⁴ BROSETA PRONT, Manuel. *Manual de Derecho Mercantil*. 6ta ed. Tecnos, Madrid, 1986. p. 57.

⁷⁵ "Cuando la actividad de empresa es ejercida por una persona física singular, se habla convencionalmente de "empresa individual" y "empresario individual" es llamada usualmente la persona física titular de la empresa". ZAITI, Paolo y Vittorio COLUSI. *Lineamenti di Diritto Privato*. Cedam, Padua, 1989. p. 607.

⁷⁶ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Imprenta Aguirre, Madrid, 1976. t. i, p. 264.

⁷⁷ Sobre la significación ideológica de la modificación del concepto de comerciante por el de empresario (*imprenditore*) en el Código Civil italiano de 1942, puede revisarse: GALGANO, F. *Imprenditore*. Zanichelli, Bolonia, 1974, pp. 21 ss.

⁷⁸ Rodrigo Uría, en frase por demás gráfica, señala que: "el empresario de hoy es el comerciante de ayer". URÍA, Rodrigo. Op. cit. p. 107.

⁷⁹ Carlos Torres y Torres Lara ha señalado con acierto que el comerciante del Código de Comercio es (fundamentalmente) una persona natural. "Un hombre de carne y hueso no se puede comparar con lo que modernamente entendemos por una empresa. Ciertamente, la asimilación no puede ser perfecta". Torres y Torres Lara. Op. cit. p. 10.

⁸⁰ URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*. Aguirre, Madrid. p. 107.

cuanto le fueran aplicables- todos los requisitos exigidos por nuestra ley mercantil para constituirse en comerciante. Al respecto conviene echar una mirada al artículo 1 del Código de Comercio, norma que señala que adquieren la calidad de comerciantes aquellas personas que «teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente»⁸¹.

A pesar de existir una definición legal concluyente, comúnmente el término «comerciante» o -más modernamente- empresario es usado sin ningún rigor jurídico para referirse a las personas que realizan algún tipo de actividad económica. Por esta razón, nos parece necesario efectuar un breve análisis del contenido del concepto de comerciante y su evolución a la idea de empresario individual.

En 1902, al promulgarse el Código de Comercio todavía vigente, el profesor De la Lama destacaba que «según la legislación anterior, eran comerciantes los inscritos en la matrícula como tales, previos los requisitos establecidos, y los que ejercían habitualmente actos positivos de comercio declarados por la ley; y no se conocían más actos mercantiles que los calificados previamente por el legislador. Según el nuevo Código se reputan comerciantes todas las personas capaces de contratar y obligarse que ejercen habitualmente actos que merecen el nombre de mercantiles, aunque el legislador no se haya ocupado de ellos»⁸².

Este es, pues, el origen de nuestra actual definición de comerciante. En 1902, nuestro Derecho Mercantil había abandonado el sistema de la inmatriculación y había adoptado aquél por el cual se reputaba (y se reputa) comerciante -o empresario, hablando en término modernos- a quien ejerce habitualmente actos mercantiles. En ese tiem-

po, la calificación como comerciante era altamente relevante, porque el principio de la división entre el Derecho Civil y el Derecho Mercantil se encontraba plenamente vigente y existía un régimen particular que cubría los más amplios ámbitos del Derecho Contractual, de Responsabilidad, Concursal, etc. La progresiva generalización del Derecho Mercantil y la eliminación de los regímenes contractuales especiales (que se produjo con el Código Civil de 1984) ha hecho que cada vez sea menos relevante calificar a una persona como comerciante. Esta calificación entonces sólo genera mínimas obligaciones (llevar libros de contabilidad, actuar con diligencias especiales, etc.) y casi ningún derecho especial. En realidad, la necesidad de calificar a alguien como comerciante -y en tanto ello como sujeto peculiar del Derecho Mercantil- obedece a razones puramente históricas relacionadas con el origen de esta rama del Derecho, pero que no se corresponden con la realidad actual. Sucede que hoy día impera el fenómeno de la *generalización* del Derecho Mercantil.

En otras palabras, si bien puede equipararse el concepto de comerciante con el de empresario, tal equiparación tendrá ínfimas consecuencias jurídicas, desde que no existen (o son muy pocas) las reglas especiales que en nuestro ordenamiento se aplican únicamente a los empresarios. Teóricamente, hoy todos pueden acceder a la más diversas figuras contractuales, sin limitaciones de mayor entidad.

Sin perjuicio de ello, parece conveniente delimitar los alcances de las nociones de comerciante y empresario, pues ésta última es utilizada de forma indirecta por nuestra Ley de Reestructuración Empresarial. Al respecto, conviene destacar que, desde 1902, nuestro Código de Comercio exige como requisitos para adquirir la calidad de comer-

⁸¹ Tenor similar para definir al comerciante tienen, además del nuestro, diversos Códigos de Comercio de Latinoamérica.

Código de Comercio del Perú de 1902: Artículo 1.- Son comerciantes, para los efectos de este Código:

1) Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente.

2) Las compañías mercantiles o industriales que se constituyen con arreglo a este Código.

Código de Comercio de Costa Rica: Artículo 5.- Son comerciantes:

a) Las personas con capacidad jurídica que ejerzan en nombre propio actos de comercio, haciendo de ello su ocupación habitual;

b) Las empresas individuales de responsabilidad limitada;

c), d) y e) (las sociedades)

Código de Comercio de Colombia de 1971: Artículo 10.- Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles.

La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

Código de Comercio de Chile de 1865: Artículo 7.- Son comerciante los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual.

⁸² DE LA LAMA, M.A. *Código de Comercio*. Gil, Lima, 1902. p. 2 (Exposición de motivos)

ciante: a) el ejercicio de la profesión de comerciante de manera habitual, por lo que no basta proclamarse y firmarse comerciante, para serlo; es necesario el ejercicio efectivo y profesional de los actos de comercio⁸³; y, b) comerciar en nombre propio.

Como es de verse, el concepto jurídico de comerciante contenido en nuestro Código de Comercio (y, en general, en los códigos inspirados en la tradición francesa del *Code Napoléon*) es más restringido que el concepto que suele manejarse a nivel social: no incluye a los directores, gerentes de sociedades, ni a los factores, apoderados particulares, dependientes, viajeros, etc., en la medida que exige la actuación del comercio en nombre propio. En buena cuenta, los administradores y representantes no actúan en nombre propio, sino más bien en nombre e interés del representado: sólo se puede calificar de empresario individual o comerciante a la persona que adquiere los derechos y obligaciones que se producen de la actividad mercantil⁸⁴.

En ese mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de nuestro país, en Ejecutoria Suprema de fecha 3 de abril de 1973, en la que estableció que «no es comerciante quien sólo constituye a una sociedad comercial (...) o integra el Directorio, porque las personas jurídicas son independientes de los socios que las constituyen y porque en las sociedades mercantiles los actos de comercio se realizan por sus administradores o directores en nombre y por cuenta de éstas, por lo tanto son aquéllas y no sus socios las que tienen la calidad de comerciantes. Consecuentemente, la Corte Suprema denegó el señalamiento de bien libre para

el embargo y posterior declaratoria de quiebra del demandado (accionista y director de una sociedad comercial) considerando que éste no era comerciante»⁸⁵. Debe precisarse en estos casos el empresario no es jamás la persona natural, sino la persona jurídica de la que él forma parte.

Sin embargo, cuando la persona natural ejerza actos de comercio en nombre propio se le podrá otorgar el título de comerciante, siempre y cuando concurren en ella los requisitos necesarios, ya mencionados: capacidad legal para ejercer el comercio, habitualidad y ejercicio en nombre propio. En otras legislaciones, en cambio, el concepto de profesión mercantil implica tres elementos: ejercicio de una actividad intermediadora, y, por consiguiente la ejecución de uno o más actos de actos mercantiles fundamentales; ejercicio permanente o constante de una actividad intermediadora; y, el fin de obtener ganancia o lucro⁸⁶.

La habitualidad, señalada en el Código de Comercio como requisito esencial para el nacimiento de los derechos de los empresarios, equivale a la realización constante de la actividad empresarial, es decir a la práctica ordinaria y frecuente de actos de empresa. Sin embargo, resulta harto difícil determinar cuando nos encontramos ante una sucesión de actos de empresa realizados de forma habitual, ni cuál es el número exacto de actos a partir de los cuáles puede hablarse de habitualidad. En España, el Tribunal Supremo se ha ocupado reiteradamente del problema relativo a la determinación del número de actos que el ordenamiento jurídico exige para que pueda estimarse cumplido el requisito de la habitualidad⁸⁷. Así, se ha estima-

⁸³ Gran parte de la doctrina comparada se ha pronunciado en relación con el tema de la adquisición de la calidad de comerciante o empresario, indicando que no basta con llamarse públicamente como tal, sino que es necesario que se produzca un hecho fáctico (el ejercicio habitual de actos de comercio). Rocco ha señalado que: "Para que la persona física o natural pueda ser comerciante, es necesario el efectivo ejercicio de la profesión mercantil: no es suficiente llamarlo y expresarlo así en el encabezamiento de la correspondencia, circulares, documentos públicos o privados, ni inscribirse en el Registro [...]; la intención de adquirir esa cualidad no basta, es preciso el hecho, por una razón muy sencilla: el estado de comerciante es una condición de vida transformada por el Derecho en un estado jurídico, y el hombre no puede obtener un estado o condición social mediante la simple declaración de voluntad" ROCCO, Alfredo. Nacional, México, s/f. p. 230.

⁸⁴ Ibidem. pp. 264 ss.

⁸⁵ Ejecutoria de la Corte Suprema del Perú. 3 de abril de 1973. Expediente No. 1341-72. Citada por FLORES POLO, Pedro. Código de Comercio. Comentarios, concordancias y jurisprudencia. Cultural Cuzco, Lima, 1976. p. 14.

⁸⁶ ROCCO, Alfredo. Op. cit. pp. 226 ss. Sin embargo, modernamente se sostiene que no es necesario el lucro como configurador de la calidad de comerciante.

⁸⁷ Quizá convendría en este punto dejar sentado que, si bien no en sede mercantil, pero sí en el ámbito tributario, nuestra Ley del Impuesto a la Renta -aprobada por Decreto Legislativo N° 774- establece el criterio de habitualidad en las compras y enajenaciones sucesivas: 2 compras y 2 ventas de inmuebles durante dos años o 10 compras y 10 ventas de acciones cada año.

do que el ejercicio habitual de actos de comercio equivale a la realización *constante* (sentencia del 19 de junio de 1896) o a la *práctica ordinaria y frecuente* (sentencia del 12 de abril de 1907)⁸⁸ de dichos actos por una persona.

Debe destacarse que la realización habitual de ciertos actos, por más que involucren ampliamente la regulación mercantil, no necesariamente convierte a quien los ejecuta en comerciante o empresario unipersonal. Así, como señala Garrigues, la aceptación de letras de cambio, la emisión de cheques, la compra o venta de acciones en bolsa no convierten en empresario a quien las realiza⁸⁹. El comercio (y la empresa), más bien, deben entenderse como actividades dirigidas a la producción de bienes o servicios para el mercado.

Quizá la condición más peligrosa del empresario individual es la que se refiere a la responsabilidad ilimitada que afecta sus operaciones mercantiles. Como se recordará, la responsabilidad ilimitada (que el sujeto activo adquiere no por su calidad de empresario, sino por su carácter de persona natural) es una regla en nuestro ordenamiento jurídico. La excepción -la responsabilidad limitada- sólo es otorgada por nuestro ordenamiento en casos muy específicos: a las sociedades, con el objeto de promover la inversión y la acumulación de capitales o a otro tipo de personas jurídicas, como las empresas individuales de responsabilidad limitada. Como señala Piras: «el empresario individual, comerciante o no, pequeño o grande, responde siempre frente a los acreedores con todos sus bienes presentes y futuros. Lo anterior se entiende sin la posibilidad de separar o de distinguir las deudas y los créditos relativos a la empresa de aquellos que no lo son, y entre los bienes destinados a la empresa y aquellos que tengan un destino diverso»⁹⁰. El «privilegio» de la limitación de responsabilidad fue otorgado inicialmente al empresario colectivo, pero con posterioridad fue admitida la constitución de personas morales con un único titular⁹¹. En conclusión, la figura del empresario individual puede ser equiparada en

nuestro ordenamiento con la figura del comerciante recogida en el Código de Comercio de 1902. Por lo demás, el empresario individual, en la medida que conduzca una empresa establecida o constituida en el país estará sometido a los alcances de la Ley de Reestructuración Empresarial, en función de la formulación amplia contenida en el artículo 1 de la Ley. En todo caso, si el empresario individual es declarado en insolvencia, quedará afecto a ella todo su patrimonio, en función del principio de responsabilidad ilimitada.

6.3. La gran confusión. Dos regímenes concursales en lugar de uno:

Es evidente la intención de nuestra Ley para que, en el mediano plazo, se apliquen tanto a las personas naturales que no pueden ser consideradas empresarias, como a los empresarios individuales, las normas de la Ley de Reestructuración Empresarial (o, cuando menos, sus principios básicos). Esta intención aparece manifiesta de la simple lectura de la Primera Disposición Transitoria de la Ley, en la que parece leerse que, una vez expedidas las normas reglamentarias, podrá aplicarse la Ley de Reestructuración Empresarial a las personas naturales. Sin embargo, dos años después de la vigencia de la Ley, todavía no se han dictado esas normas.

No han sido pocos quienes han sostenido que, sin perjuicio de las normas reglamentarias, la Ley resulta plenamente aplicable a las personas naturales, en razón de que el vacío normativo producido por la Primera Disposición Transitoria, debe ser llenado por los órganos encargados de llevar adelante los procesos concursales. Se utiliza en respaldo de esta posición el artículo 2 del Título Preliminar de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, que a la letra señala: «Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver, por deficiencia de las leyes, las cuestiones que se les propongan; en este caso acudirán a las fuentes supletorias del Derecho Administrativo».

⁸⁸ GARRIGUES, Joaquín. Op. cit. p. 292.

⁸⁹ Ibidem. p. 293.

⁹⁰ PIRAS, Antonio. "Nuevas formas de organización de la actividad de empresa". En: *Revista de Derecho Mercantil*. Madrid, n° 153-154, jul-dic 1979. p. 598.

⁹¹ Este es el caso de la *Ansalt* del Derecho de Liechtenstein y de nuestra Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (EIRL).

Sin embargo, quienes creen que la Ley no se aplica a las personas naturales no empresarias argumentan que la Primera Disposición Transitoria deja en suspenso cualquier extensión del nuevo régimen concursal a ellas, entre tanto no se dicten las normas complementarias. Así, se sostiene, no se produce en puridad ninguna laguna jurídica y, de consiguiente, no hay ningún vacío que llenar: el sistema está perfectamente cerrado en el sentido de no admitir -todavía- el concurso de los civiles.

A pesar de la discusión, lo cierto es que ella se produce justamente por una mala redacción de la norma, lo que genera enormes costos. En este caso, el enorme costo social se verifica por la inseguridad de saber si el régimen concursal se extiende (o no) a todos los sujetos en la sociedad. Recientemente, el Tribunal de la Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual se ha pronunciado al respecto, mediante Resolución N° 409-95-INDECOPI/TDCPI, recaída en el expediente N° 029-94 seguido contra el señor Javier Ponce Riofrío. En tal resolución, el Tribunal indica: «que las disposiciones contenidas en la Ley de Reestructuración Empresarial aprobada por Decreto Ley N° 26116 solamente son aplicables a una persona natural en el caso que ésta realice una actividad económica y cuente con un patrimonio que permita a la Junta de Acreedores optar sobre la continuación o no de las actividades comerciales realizadas por la persona declarada insolvente»⁹². Si bien esta resolución ha venido a llenar un vacío importante en nuestro ordenamiento, la discusión aún se mantiene y estimamos que se mantendrá así hasta que se emitan efectivamente las normas complementarias.

Más allá de una decisión en el caso concreto, para nosotros la pregunta de fondo -tal como la apreciamos- no consiste en determinar si la norma debe interpretarse en tal o cual sentido, sino en eva-

luar si resulta razonable que, de alguna forma, nuestro sistema perpetúe una división de regímenes concursales ya descartada en gran parte del planeta.

Obviamente, no se trata de seguir por seguir las tendencias mundiales. Simplemente se trata de analizarlas. Lo primero que en nuestra opinión convendría destacar es que la resolución del Tribunal sobre el caso Ponce Riofrío, perfectamente ajustada a la ley por lo demás, ha generado la convicción de que en nuestro país no existe en este momento régimen concursal alguno aplicable a las personas naturales no empresarias. Esta circunstancia parece gravísima, en momentos que nuestro sistema financiero se encuentra preocupado en impulsar el crédito del consumo. Como ya adelantaba con acierto Manuel Sánchez Palacios hace tantos años, al sustentar la razón por la que la Ley N° 7566 recogió originalmente el régimen unificado: «En el procedimiento de quiebra no se distingue la persona natural de la jurídica, porque ambas son sujetos de derechos y obligaciones; ni se distingue tampoco a los comerciantes de los que no lo son, porque el interés público se halla comprometido cuando hay desequilibrio entre el activo y el pasivo de un deudor, sea o no comerciante»⁹³; o, como sostiene Fusaro: «El crédito es la base indispensable del desarrollo de las actividades económicas, y no sólo de la actividad o quehacer de la empresa mercantil»⁹⁴. El primer afectado será, sin duda, el crédito. «La palabra crédito viene del latín *creditum*, que significa tener confianza, tener fe en algo. Cuando aquí hablamos de crédito nos referimos específicamente a su sentido jurídico-económico; vale decir, a aquella relación existente entre dos sujetos, en la que una de las partes coloca dinero (o bienes) en un primer momento para recobrar después, en un segundo momento, lo que se ha dado»⁹⁵. José Antonio Delmar ha destacado recientemente⁹⁶ la importancia que tienen las agencias de información

⁹² Aun cuando el texto enfatizado perteneciente a esta resolución no es del todo comprensible, parece dejarse traslucir alguna idea de limitación de responsabilidad en favor del empresario individual, de manera que se haga responsable sólo hasta el monto del capital invertido en su empresa. Por el contrario, aquí rige el principio de ilimitación de responsabilidad, lo que no impide -bajo ningún concepto- acordar la continuación (o no) de las actividades comerciales del insolvente.

⁹³ SANCHEZ PALACIOS, Manuel. *Apuntes sobre la Ley 7566*. p. 39

⁹⁴ ZAVALA, Carlos Juan. *Código de Comercio Comentado*. Depalma, Buenos Aires, t. viii, p. 2.

⁹⁵ GRECO, Paolo. *Curso de Derecho Bancario*. Jus, México, 1945, p. 21-22. Citado por DELMAR, José Antonio. "Importancia de las agencias de información de créditos en el desarrollo del consumo". En: *Ius et Veritas*. Lima, 1995, n° 10. *en prensa*.

⁹⁶ *vid. supra*.

de créditos para desarrollar el consumo. Tales agencias contribuyen a generar mejor información respecto del historial de los clientes de las instituciones financieras y, con ello, promueven la toma de decisiones eficientes: si un cliente tiene un mal historial, el banco no le prestará el dinero; al mismo tiempo, como la información puede ser compartida entre todas las instituciones financieras, ese mal pagador será sancionado con la restricción de su crédito por todo el sistema financiero. Ante una amenaza de este tipo, los clientes se verán obligados a satisfacer a tiempo sus deudas. Sin embargo, cuando se carece de mecanismos eficientes para compeler al pago (como los informes de crédito), suele suceder que incumplir es más barato que cumplir. La implementación de agencias de información de créditos que cumplan realmente con su cometido requiere de una fuerte inversión y algo de tiempo. Entre tanto, es necesario que la Ley provea un mecanismo concursal rápido, ideal para ejecutar deudores por créditos de consumo (puede tomarse la experiencia de Argentina, en la que se regula el pequeño concurso) y que contribuya a retirar del mercado a aquellas personas naturales no consideradas empresarias que afectan gravemente el crédito en la sociedad.

Como señala Bastin, «las consideraciones sociales en parte y, sobre todo, el desarrollo del crédito al consumo que ha provocado mayor endeudamiento de los particulares hacen que las ideas evolucionen hoy día hacia la extensión a los particulares de las fórmulas instauradas en favor de las empresas insolventes, a saber: el congelamiento de los créditos, la centralización colectiva de las deudas con procedimiento concursal y, eventualmente, la remisión definitiva de un determinado porcentaje de ellas»⁹⁷.

El segundo afectado con la inadmisibilidad de la insolvencia de los particulares es la sociedad en su conjunto, porque la inexistencia de un proceso concursal (o su discutida existencia) genera la necesidad de recurrir a procedimientos judiciales individuales, que -en conjunto- generan más gasto de recursos, que no es razonable dilapidar de esa manera.

Por último, nos interesa destacar que actualmente

no existe ninguna razón para diferenciar el tratamiento del concurso de los comerciantes y el concurso de los civiles: ambos pueden recurrir al crédito con profusión, ambos pueden tener patrimonios similares y tener igual situación económica. Como se recordara, la escisión del Derecho Concursal únicamente se fundamenta en un dogma: la conservación del Derecho estatutario de los comerciantes.

Las profundas diferencias que en algunos ordenamientos pretenden sostenerse son, en realidad, tan sólo de carácter legislativo y no corresponden a ninguna función social relevante (más allá del interés de sancionar con mayor rigor al comerciante insolvente, lo que -de cualquier forma- pueda hacerse sin recurrir a un régimen distinto). En España, Broseta Pont apunta las siguientes «fundamentales» distinciones: la quiebra se aplica tan sólo a los comerciantes, mientras que el concurso de acreedores es exclusivo de los deudores civiles. De otro lado, el supuesto de la quiebra (cesación de pagos) es distinto del supuesto del concurso de acreedores (insolvencia definitiva)⁹⁸. Finalmente, la quiebra incluye medidas muchos más severas que el concurso (incluso, sanciones penales).

En Italia, Galgano defiende el régimen dual. «Este diverso tratamiento de los "insolventes comerciales" respecto de los "insolventes civiles", expuestos sólo a los procedimientos ejecutivos individuales, es tradicionalmente vinculado a la consideración de que el empresario individual tiene un amplio recurso al crédito [...]»⁹⁹. Ninguna de las razones antepuestas nos convence de la necesidad de un régimen dual, a no ser que se pretenda sostener las bondades de nuestra gloriosa tradición jurídica. Para fundamentar una opinión de este tipo debería recordarse que los países anglosajones y Alemania han seguido una orientación distinta a la de los países cuyos ordenamientos tienen una clara influencia del *Code* francés de 1807 (como el nuestro).

Creemos que, en el fondo de todo, sólo existe la intención de sostener dogmáticamente una posición que ha estado allí por siglos y respecto de la cual muy pocos quieren pensar a contrario.

⁹⁷ BASTIN, Jean. *El seguro de crédito. Protección contra el incumplimiento de pago*. Mapfre, Madrid, p. 19.

⁹⁸ Como Broseta deja entrever, esta diferencia es tan sólo nominal, puesto que las presunciones para ingresar al proceso son básicamente las mismas.

⁹⁹ GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. Cedam, Padua, 1983. p. 866.

7. A MANERA DE CONCLUSION

Han quedado en el tintero algunos temas relacionados con las circunstancias específicas del caso Ackerman. Creemos que en ellas está lo anecdótico del tema y que no tiene sentido pronunciarse respecto -por ejemplo- de la procedencia o improcedencia de la impugnación contra la decisión de Junta de Acreedores por la que se acordaba someter a reestructuración al insolvente¹⁰⁰. Nos queda clara, sin embargo, la urgencia de implementar un sistema concursal que -bajo los mismos principios de la Ley de Reestructuración Empresarial- permita tomar decisiones sobre la salida del mercado de personas naturales no consideradas *empresas*. En todo caso, este sistema debería considerar la posibilidad de reducir el mínimo de créditos exigibles para solicitar la insolvencia (puesto que 50 Unidades Impositivas Tributarias parece mucho en el caso de los civiles) y debería regular algunos temas que no han merecido la atención del legislador: la concesión de alimentos a las personas naturales insolventes (para evitar que la insolvencia pueda afectar su integridad física), la regulación

de los bienes que no ingresan a la masa del concurso (que estimamos deben ser los bienes inembargables a que se refiere el artículo 648 del Código Procesal Civil), el tratamiento de los socios ocultos (que se valen de la apariencia de la personalidad jurídica para contraer deudas que luego no podrán pagar), la extensión de la quiebra como sanción en algunos supuestos, etc.

Sólo instaurando un mecanismo adecuado de concurso de las personas naturales, intentaremos crear un sistema eficiente, que proteja realmente el crédito de consumo en nuestro país. No olvidemos lo señalado por Douglass North, Premio Nobel de Economía en 1993, en el sentido de que las empresas estadounidenses no temen vender sus productos a crédito porque tienen una expectativa razonable de pago debido a la existencia de muchas instituciones que protegen los derechos a la propiedad, hipotecas, contratos, seguros, *leyes de quiebras*, y de un sistema judicial relativamente eficaz. Es nuestra oportunidad de empezar a construir estas instituciones en el Perú.

¹⁰⁰ Por lo demás, la procedencia o la improcedencia de la impugnación se encuentra actualmente en discusión en sede judicial.