

Derecho de Quiebra*

Por RICARDO NUGENT

Catedrático de Derecho Penal Privativo.

CAPITULO PRIMERO

Evolución histórica del Derecho de Quiebra.— Los procedimientos de ejecución en el Derecho Romano considerados equivocadamente como antecedentes del actual Derecho de Quiebra.— Los principios del Derecho de Quiebra contenidos en las Siete Partidas. Las disposiciones de la Nueva Recopilación.— La Ordenanza de 1299.— La Curia Philippica de Juan Hevia Bolaños.— El *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litcum per debitorem communem inter illos causatam*, de Francisco Salgado de Somoza.— Las Ordenanzas de Bilbao. El Código de Comercio Francés de 1807.— El Código de Comercio español de 1829.— El Código de Comercio peruano de 1853.— El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil peruano de 1852.— El Código de Comercio peruano de 1902.— La Ley Procesal de Quiebras peruana de 1902.— El Código de Procedimientos Civiles de 1912.— El Decreto-Ley 7159, sobre el procedimiento de quiebra de las empresas bancarias.— La Ley Procesal de Quiebras peruana de 1932.

En el Derecho Romano no hubo propiamente un ordenamiento legal relativo a las quiebras. Es por consiguiente inútil afán estudiar las antiguas instituciones romanas, pretendiendo encontrar en ellas los antecedentes remotos del derecho concursal o de quiebras. Es innegable que en el Derecho Romano se dieron un conjunto de disposiciones de carácter ejecutivo en favor del acreedor, a fin de asegurarle el pago de sus créditos e impedir la burla de su derecho por el deudor, quien debía so-

* Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho Privado.

portar, en caso de incumplimiento, las más inconcebibles consecuencias, derivadas de la idea de venganza que dominaba el procedimiento de los primeros tiempos.

El deudor que no solventaba una obligación de carácter pecuniario podía ser compelido mediante el procedimiento denominado *per manus injectio*, en virtud del cual se otorgaba al deudor un término de treinta días para que diera cumplimiento a su obligación. Vencido ese término se procedía a la captura del obligado, quien llevado a presencia del Pretor era adjudicado a su acreedor, en el caso de que no saliera un tercero como fiador. El deudor, en poder del acreedor, era ejecutado más allá del Tiber, llegándose al increíble extremo de ser partido en pedazos para su reparto, en la hipótesis frecuente de pluralidad de acreedores.

El carácter privado de la justicia seguía dominando el procedimiento. La iniciativa en la ejecución de las sentencias corresponde exclusivamente al acreedor, y la autoridad judicial está colocada en un plano secundario que sólo se limita a otorgar autorización al acreedor para que ejecute la sentencia dictada. No se concebía la tutela o protección del deudor, predominaba un sentido de máxima defensa a los intereses del acreedor.

Paulatinamente este excesivo rigorismo de las leyes se iría atenuando, hasta que la concepción económica desplaza por completo a la venganza privada que importaba la muerte del deudor por el acreedor. Este advierte que mucho más ventajoso a sus intereses resultaba la venta del deudor que su eliminación, los acreedores utilizan entonces el procedimiento de la venta del deudor para repartirse el precio en proporción al monto de sus créditos.

El procedimiento de la venta por más benigno que pudiese estimarse, no dejaba de ser atrozmente inhumano y ante las reiteradas protestas del pueblo tuvo que ser suprimido, al promulgarse, en el año 428 de la República, la *Lex Poetelia* que introdujo sustanciales modificaciones a los bárbaros procedimientos hasta entonces imperantes. La pena de muerte, la venta, el encadenamiento y la privación de la libertad quedaron insubistentes, al permitirse el libre concierto entre el acreedor y el deudor para que el segundo pagara al primero el importe de su deuda con el producto de su trabajo, en el término y forma convenida.

La *Lex Poetelia* no era desde luego la solución de todos los problemas que surgían entre el deudor y el acreedor, tampoco lo fueron las reglas establecidas en el procedimiento ejecutivo *per manus injectio*. Todas las previsiones resultaban inútiles en los casos cada vez más frecuentes de fuga o desaparición del deudor, en que no era posible conseguir por el acreedor el pago de su crédito. Surge entonces la figura de la *missio in possessionem* que como anota JORS (1) era un medio ejecutivo y de coacción indirecto contra el *indefensus* y contra los litigantes que observaban una conducta inadecuada. Este procedimiento autorizaba al acreedor a incautarse de los bienes de su deudor y hacerse con ellos pago de su deuda. Es decir, que la ejecución personal, se convierte en ejecución real, sobre el patrimonio del deudor.

El procedimiento de la *missio in possessionem* fué modificado posteriormente con la *bonorum venditio* consistente en la autorización que se otorgaba a una persona para enajenar los bienes del deudor y pagar —con el producto de la venta— las deudas existentes. Significó un notable avance dentro del excesivo rigorismo de las leyes de ejecución. Pero como este sistema se basaba en la ficción de la muerte del deudor y llevaba consigo la nota de infamia, se creó primero la figura de la *bonorum distractio* que autorizó la venta específica de ciertos bienes, y luego la *cessio bonorum* que permitió al deudor la reserva de ciertos bienes necesarios para su subsistencia a cambio de la entrega voluntaria de todo su patrimonio para ser vendido, procedimiento que admitió posteriormente algunas excepciones por razón de la persona del deudor, ya por su rango o por tratarse de personas que requerían de la protección jurídica. Era la vuelta a la venta en conjunto, pero sin llevar consigo ni la prisión ni la nota de infamia, desde que el deudor conservaba su personalidad jurídica, pudiendo por consiguiente los acreedores no satisfechos íntegramente hacer efectivos sus créditos sobre los bienes que su deudor pudiera adquirir posteriormente.

Esta lenta evolución en favor de los intereses del deudor no importó en forma alguna la desatención del derecho siempre respetable del acreedor. La *actio paulina*, subsistente hasta nuestros días, hizo posible anular toda adquisición a título one-

(1) Jors Paúl, Wolfgang Kunkel, Derecho Privado Romano, Barcelona, 1937, Talleres Gráficos Ibero-Americanos, S. A., pág. 535.

roso o gratuito que se efectuaba en perjuicio del acreedor. La *restitutio in integrum* y el *interdictum fraudatorium* constituyeron demostración palmaria de la siempre protegida situación del acreedor, a las que hay que agregar la *pignoris capio*, facultad que se reconoció al acreedor de apoderarse por sí de determinados objetos del deudor para conservarlos en prenda hasta la completa satisfacción de su crédito.

“En el Derecho Romano clásico —apunta PROVINCIALI— (2) se encuentra la primera traza de una institución de derecho concursal, que tuvo después el más amplio desarrollo en nuestra legislación medioeval, nos referimos al *pactum ut minus solveatur* que es, en substancia, una especie de convenio de mayoría que se celebraba entre el heredero y los acreedores de la herencia abierta, y tenía por objeto la reducción de las deudas dentro de los límites del activo hereditario, a la que el heredero condicionaba la adición de la herencia; el cual por otra parte, tenía cierto interés, cuando menos para evitar al de *cujus* la infamia derivada de la *bonorum venditio*.

Este pacto no sólo obligaba a los acreedores que lo admitían, como sucedió en un principio, sino que se extendió a los ausentes y a los presentes renuentes al convenio. La institución cayó en desuso en la época justinianeá a consecuencia del llamado beneficio de inventario, y no constituye estrictamente un antecedente del derecho de quiebra, sino en todo caso de una de sus instituciones: el convenio. Y es que en el Derecho Romano no hubo propiamente un concepto de lo que hoy día entendemos por insolvencia, ni existió tampoco el concurso de acreedores, ni ninguna de las instituciones que regulan el derecho de quiebra.

Existe una vieja querella doctrinaria sobre el origen de las instituciones que regulan el derecho de quiebra en las legislaciones contemporáneas. Se ha sostenido por los juristas italianos, que es en los estatutos de las ciudades italianas, concretamente en el de Génova de 1498, reformado en 1588 y en los de Milán, Florencia y Venecia, donde se formularon los principios que sirvieron de base a los ordenamientos de derecho concursal que se propagaron por toda Europa, que estos principios permanecieron inalterables y más aún, que han sido incorporados definiti-

(2) Provinciali Renzo, Tratado de Derecho de Quiebra, Barcelona, 1958, Editorial A. H. R., pág. 94, parág. 5º.

vamente a la dogmática de la quiebra. Entre ellos las figuras del "embargo judicial", el "requerimiento de oficio a los acreedores para que presenten sus créditos", "el reconocimiento judicial" de los mismos, el "concordato de mayoría", "las nulidades del período sospechoso" que constituyen, en concepto de los juristas italianos, las contribuciones más interesantes de los estatutos de las ciudades italianas al derecho concursal o de quiebra. De otro lado, se advierte que esos mismos principios estaban ya incorporados en las Siete Partidas de ALFONSO EL SABIO, con anterioridad a los estatutos de las ciudades italianas. Los principios del desapoderamiento, la enajenación y pago ante el Juez, el concurso de acreedores, la prelación de créditos, el convenio preventivo extrajudicial, la espera y quita, no fueron ajenos a ese texto legal. Por eso ha dicho con razón HERNÁNDEZ BORONDA en sus notas al capítulo primero de la obra de NAVARRINI (3) que "no creemos que exista en ningún país con anterioridad al mencionado Código, de las Siete Partidas, una regulación tan perfecta, aunque no aparezca aún la denominación de quiebra". Disposiciones análogas contiene la Novísima Recopilación en el Libro XI, Título XXXII, Ley II.

Fué durante el reinado de JAIME II, en el año 1299, que las Cortes de Barcelona dictaron la primera ley que trataba en forma expresa de la disciplina de la quiebra, estableciéndose drásticas sanciones para el cambiador que quebrara, como la prisión mientras no pagara íntegramente todas sus deudas, siendo considerado infame y con impedimento perpetuo para volver a tener tabla de cambio ni empleo alguno. Posteriormente en las Cortes de Gerona, reunidas en el año 1321, se ampliaron estas disposiciones, hasta que las Cortes de Barcelona nuevamente reunidas en 1493, confirmando todas estas regulaciones, las perfeccionaron, dictando prevenciones para los mercaderes fugitivos o ausentes.

CARLOS I y FELIPE II preocupados constantemente por el mejoramiento de la legislación sobre la materia, dieron algunas pragmáticas, impidiendo al alzado gozar del privilegio de hidalguía, disponiendo la forma de procederse contra los comerciantes en falencia, así como en los casos de solicitarse remisión o espera de las deudas. Eran los años de 1528 a 1570.

(3) Navarrini Humberto, *La Quiebra*, Madrid, 1953, Editorial Reus, pág. 25.

En materia de quiebras a fines del siglo XVI y comienzos del XVII encontramos la creación más lograda en la famosísima *Curia Philippica* de JUAN HEVIA BOLAÑOS, nativo de Oviedo y aposentado en Lima, donde publicó en el año 1613 la primera edición. HEVIA BOLAÑOS dedica los capítulos XI, XII y XIII de su obra, a los fallidos, a la prelación de créditos y a la revocatoria. Respecto de los fallidos establece que sólo pueden serlo los comerciantes. Distingue las clases de quiebra, trata de la nulidad de los convenios hechos por el quebrado después de la declaración de falencia, preconiza el principio de la publicación de la quiebra, se ocupa del desapoderamiento, de los efectos de la quiebra sobre las obligaciones pendientes, y de la quiebra en el contrato de compañía, y finalmente de los presupuestos de la revocatoria.

No puede hacerse una historia de la evolución del derecho de quiebra, por más sucinta que ella sea, sin mencionar la obra de ese gran jurista español que se llamó FRANCISCO SALGADO DE SOMOZA, autor entre otros interesantísimos trabajos, de su famosa *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litcum per debitorem communem inter illos causatam*, publicada en el año 1651. Esta obra monumental en su época, pretendió difundir y lo consiguió, el sistema español del derecho concursal, concretado en la decisiva intervención del Estado en el proceso de la quiebra, sistema que se apartó totalmente del propugnado por los juristas italianos, para quienes todo el proceso de la quiebra debía estar fiscalizado y dirigido por los propios acreedores, debiendo intervenir el Estado en forma secundaria. Se debe también a SALGADO DE SOMOZA la defensa del convenio preventivo según el cual el deudor entregaba su patrimonio a la autoridad judicial con una relación de su pasivo, para su liquidación y pago a los acreedores, lo que hacía innecesario la prisión del deudor que ordenaba la pragmática de 18 de julio de 1590 que aparece en la ley N° 7, título 19 del libro V de la Nueva Recopilación. La publicación de SALGADO DE SOMOZA fué materia de sucesivas ediciones que permitieron difundir por toda Europa el sistema español, que pronto se convirtió en sólida dogmática.

El Libro de SALGADO DE SOMOZA comprende cuatro partes perfectamente diferenciadas. En la primera se ocupa de la declaración del convenio privado, en la segunda del concurso como juicio y de la situación de determinados acreedores, en la tercera del Síndico y de la enajenación de los bienes, y en la última, de

distintas materias sobre cesión de bienes, créditos del Estado, hipotecarios y otros.

Es también inevitable en esta breve síntesis, referirse a las Ordenanzas de Bilbao, aprobadas y publicadas por FELIPE V (1737), confirmadas por FERNANDO VII (1884), no sólo porque desarrollan extensamente el tema de la quiebra, sino por haber sido la fuente inmediata de posteriores codificaciones. En treinta y seis logrados artículos distribuidos en los títulos 2, 3 y 4 del Capítulo XVII se ocupan de la materia bajo el sugestivo rubro "De los atrasados, fallidos, quebrados o alzados, sus clases y modo de proceder en sus quiebras".

En estas ordenanzas se define el estado de quiebra como la situación subsiguiente a la negativa o imposibilidad de los comerciantes de pagar sus deudas, haciendo una curiosa distinción entre ellos: a) atrasados, o sea los comerciantes que siendo solventes, en un momento dado no pueden pagar sus deudas, no obstante que sus patrimonios son de por sí suficientes para cubrirlas íntegramente; b) los inculpables que por caso fortuito no pueden continuar en sus negocios y c) los fraudulentos a los que "se les ha de tener y estimar como infames, ladrones públicos y robadores de hacienda ajena".

Las Ordenanzas de Bilbao contienen disposiciones concernientes a la declaración de quiebra y las normas que han de observarse para el desapoderamiento e inventario de la masa de la quiebra, señalándose las atribuciones de los funcionarios que intervienen en el gobierno de la institución. Contienen igualmente, disposiciones sobre la responsabilidad penal, la acción revocatoria, reconocimiento y graduación de créditos, la calificación de la quiebra, la cesión de bienes y la rehabilitación. Es también en las Ordenanzas de Bilbao donde se hace la distinción entre la quiebra de los comerciantes y el concurso.

El primer texto legal del siglo pasado que contenía disposiciones relativas a las quiebras, fué el Código de Comercio Francés de 1807 que pretendió poner atajo a las numerosas bancarotas que ocurrieron a fines del siglo XVIII y principios del XIX. Fué elaborado a base de un anteproyecto presentado por la comisión constituida con arreglo al Decreto de 3 de abril de 1801, la que no obstante haber cumplido su cometido fué dejada de lado hasta que en el año 1806, NAPOLEÓN alarmado por las numerosas quiebras que se sucedían, reactualizó el referido anteproyecto que se convirtió en la Ley de 15 de setiembre de

1807, disponiéndose que rigiera desde el 1º de enero de 1808. Este Código constaba de 4 libros que trataban del comercio en general, de las leyes particulares del comercio marítimo, de la quiebra y de los juicios y procedimientos a seguir en el comercio. Este ordenamiento legal tuvo acogida en Europa donde lo impusieron las huestes triunfantes de NAPOLEÓN, a tal punto que aún después de haber cesado la hegemonía política y militar francesa, sus disposiciones siguieron influenciando las legislaciones de la época.

Desde el punto de vista de la legislación de la quiebra, nos interesa obviamente, referirnos al Código de Comercio Español de 1829. El derecho peninsular sobre quiebras, antes de la promulgación de este Código, era el contenido en las ya comentadas Ordenanzas de Bilbao y en la Novísima Recopilación. Es recién en el año 1810 que las Cortes de Cádiz resolvieron reunir en un solo texto legal las dispersas disposiciones legales que regulaban el comercio, nombrando al efecto una comisión para que formulara a la brevedad un anteproyecto que no llegó a prosperar. Correspondió a FERNANDO VII, varios años después, nombrar una segunda comisión con el mismo propósito, la que dió feliz término a sus trabajos y elevó el proyecto formulado, que fué sorpresivamente relegado, para sancionarse el proyecto que individualmente tenía presentado a consideración de su Majestad, don PEDRO SAINZ DE ANDINO. La Real Cédula de 30 de mayo de 1829 lo convirtió en el Código de Comercio Español que empezó a regir el 1º de enero de 1830.

Este Código cuyas fuentes inmediatas fueron sin duda alguna las viejas ordenanzas y leyes españolas, está dividido en cinco libros, el cuarto de los cuales se dedicó exclusivamente a las quiebras, prescribiendo sobre el estado de quiebra y sus diferentes especies, distinguiendo las siguientes: la suspensión de pagos, la insolvencia fortuita, la insolvencia culpable, la insolvencia fraudulenta, y el denominado alzamiento; la declaración de quiebra, las disposiciones inherentes a esa declaración; los efectos y retroacción de la quiebra; el nombramiento de Síndicos y sus atribuciones; la administración de la quiebra; el examen y reconocimiento de los créditos; la graduación y pago de los acreedores; la calificación de la quiebra; el convenio entre los acreedores y el quebrado; la rehabilitación y la cesión de bienes.

En el Perú, después de la independencia política de la metrópoli siguieron en vigencia las antiguas ordenanzas españolas

de Bilbao, que no sólo resultaban inconvenientes por lo añejo de sus disposiciones, sino francamente incompatibles con nuestro régimen republicano. Por eso el Gobierno del General JOSÉ RUFINO ECHENIQUE se hizo eco del justo clamor por un ordenamiento legal que se ajustara a las necesidades y exigencias del nuevo estado de cosas y al natural desarrollo de las instituciones, y por Ley de 10 de enero de 1853, se ordenó que se considerara el Código de Comercio Español de 1829, con las modificaciones que el Consejo de Estado creyera indispensable introducir. El Consejo de Estado hizo una revisión minuciosa del Código Español y con algunas modificaciones, formuló el proyecto correspondiente que se convirtió en la Ley de 30 de abril de 1853, para empezar a regir el 15 de junio del mismo año, quedando así las Ordenanzas de Bilbao parcialmente derogadas, por haberse hecho la salvedad de que siguieran aplicándose para todo lo que no se opusiera al nuevo ordenamiento legal.

Nuestro primer Código de Comercio siguiendo al español, confería enorme importancia a las solemnidades y a las formas para adquirir la calidad de comerciante, como que sostenía que el derecho mercantil era un derecho excepcional y especial, que debía funcionar única y exclusivamente para comerciantes. Como era un Código de los comerciantes se hacía necesario que quienes ostentaban esa calidad pudieran ser perfectamente identificados, lo que justificó la exigencia de su inscripción en una matrícula especial. Esta orientación explica la razón por la cual las disposiciones sobre el derecho de quiebra se refieran exclusivamente a los comerciantes, quedando el concurso o la quiebra de los no comerciantes, libradas a las contingencias de la legislación común.

Como el Código de Comercio de 1853 no fué en realidad sino el Código Español de 1829 nacionalizado peruano, reproducimos aquí cuanto hemos expresado de dicho texto legal, por la coincidencia de sus disposiciones sobre la institución de la quiebra.

Para los no comerciantes siguieron rigiendo, sin alteración, las disposiciones contenidas en los tres primeros títulos de la Sección Cuarta del Libro Segundo del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, vigente desde el 28 de Julio de 1852, que se referían al concurso voluntario de acreedores o cesión de bienes, a las esperas y quitas y al concurso necesario. El primero tenía lugar cuando el deudor hacía cesión de sus bienes para que

sus acreedores fueran pagados, cuando pedía esperas o quitas para el pago de sus deudas y para cuando ejecutado el deudor por uno de sus acreedores, comparecían otros y se oponían solicitando el concurso o cuando ejecutado el mismo deudor por varios acreedores, cualquiera de ellos pedía la convocatoria, denominándose concurso voluntario al que se producía en cualquiera de los dos primeros casos y necesario en el último. El Código señalaba además, la forma de procederse al nombramiento de los Síndicos entre los acreedores y sus obligaciones, indicaba las identidades y las formas de sustanciar las oposiciones. También legisló sobre el convenio, los acreedores privilegiados, la posibilidad de someter al fallido a la jurisdicción criminal, la nulidad de las enajenaciones y gravámenes impuestos sobre los bienes del deudor dentro de los seis meses anteriores a la quiebra.

El Código de Comercio de 1853 no obstante el adelanto que significó para su tiempo, fué materia de diversas ampliaciones con el objeto de llenar los vacíos que habían surgido con el nacimiento de nuevas instituciones no reguladas ni previstas. La legislación sobre cheques, agentes de cambio, bolsas y valores, fué acrecentando el contenido del derecho mercantil, haciendo reflexionar seriamente sobre la urgente necesidad de ir a una nueva reforma que recogiera en un solo texto la legislación vigente y adecuara la existente a la realidad del país.

Por Decreto Supremo, de 28 de febrero de 1898, se nombró una comisión formada por los doctores FELIPE DE OSMA Y PARDO Y LUIS FELIPE VILLARÁN a la que se incorporó el prestigioso comerciante cubano don JOSÉ PAYÁN, en representación de la Cámara de Comercio de Lima a fin de que "adaptaran a nuestras costumbres mercantiles, forma de gobierno y organización de los Juzgados y Tribunales, el Código de Comercio que regía en la península Ibérica desde el 1º de enero de 1886, según el texto de la ley y el Real Decreto de 22 de agosto de 1885". Este nuevo intento legislativo, por indicación del propio gobierno no importaba estrictamente una reforma, sino un nuevo trasplante del ordenamiento mercantil español. Diríase que para las autoridades de entonces, frente al desarrollo del comercio no había otra forma de regularlo que acudiendo por segunda vez a la adaptación de la ley foránea. La Comisión nombrada tenía señalado el camino de antemano, pero comprendiendo sus miembros que esta limitación legal era inadmisibile, rebasaron el encargo y no sólo se concretaron a realizar una mera labor de

adaptación, sino que incorporaron, al anteproyecto, las normas sobre rematadores y martilleros, el contrato de cuenta corriente del Código Argentino y, toda la disciplina de la letra de cambio, desarrollada en el Código Italiano, cuya fuente era, a su vez, el derecho germano.

El segundo Código de Comercio del Perú, vigente en gran parte hasta la fecha, fué aprobado en la legislatura de 1901 y promulgado oficialmente el 15 de febrero del año siguiente, empezando a regir el 1º de julio de 1902. Se ocupaba de la suspensión de pagos y de las quiebras en la Sección Primera del Libro Cuarto. La suspensión de pagos significó una novedad en nuestra legislación de quiebras, ya que era ignorada por el Código anterior. En virtud de ella, el comerciante que poseyendo bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, prevea la imposibilidad de efectuarlas en las fechas de sus respectivos vencimientos, podría constituirse en estado de suspensión de pagos que declararí el Juez en vista de su manifestación y hasta que sus acreedores acepten o rechacen el convenio que debía proponerles.

El legislador distinguió la situación diferente entre el comerciante que cumple puntualmente sus obligaciones y el que por diferentes razones se encuentra en la imposibilidad de satisfacer sus deudas y sobresee en el pago corriente de sus obligaciones y es declarado en quiebra. La situación del que ha suspendido sus pagos es una situación intermedia en la que también podía colocarse el comerciante que encontrándose en la misma posibilidad de cubrir su pasivo dentro de las 48 horas siguientes al vencimiento de una obligación, formulaba la correspondiente petición.

En relación al estado de quiebra se disponía que se consideraba en tal estado al comerciante que sobreseía en el pago corriente de sus obligaciones, sin indicar la naturaleza de esas obligaciones, como lo hacía el Código de 1853, que precisando el concepto se refería concretamente a las asumidas en el comercio, agregando que la declaración de quiebra, podía solicitarla el mismo quebrado o cualquiera de sus acreedores legítimos, apoyado en título por el cual se hubiera despachado mandamiento de ejecución o que del embargo no hubieren bienes libres bastantes para el pago, o cuando el acreedor, sin necesidad de haber conseguido mandamiento de embargo, justificara sus títulos de crédito y el comerciante hubiere subreído en sus pagos co-

rrientes, o no hubiere presentado su proposición de convenio en el caso de suspensión de pagos dentro del término de ley, con lo cual se evitaban las dilaciones que originaban las normas del Código de 1853, que exigían categóricamente la prueba del carácter ejecutivo con que se debía aparejar la solicitud.

Para la hipótesis de fuga u ocultación del comerciante, acompañada del cerramiento de sus escritorios, almacenes o dependencias, sin haber dejado persona que en su representación los dirija y cumpla sus obligaciones, se dispuso que era suficiente para la declaración de quiebra, que el acreedor justificara su título y probara aquellos hechos por información ante el Juez.

Las transmisiones de bienes inmuebles hechas a título gratuito, las constituciones dotales en favor de las hijas del quebrado, las concesiones o traspasos de bienes inmuebles hechas en pago de deudas no vencidas al tiempo de declararse la quiebra, las hipotecas convencionales sobre obligaciones de fecha anterior que no tuvieran esa calidad o por préstamo de dinero o mercaderías cuya entrega no se hubiera efectuado de presente por el Notario y los testigos instrumentales, las donaciones intervivos que no hubieran tenido carácter remunerado, otorgadas después del balance anterior a la quiebra, si de éste resultaba un pasivo superior al activo del quebrado, se reputaban fraudulentos y eran ineficaces respecto de los acreedores del quebrado si cualquiera de estos contratos se hubiera celebrado en los sesenta días anteriores a su quiebra, extendiéndose así retroactivamente la inhabilitación para la administración y disposición de los bienes del deudor que llevaba consigo toda declaración de quiebra.

Esta presunción, o reputación de fraude, desaparecía tratándose de enajenaciones a título oneroso hechas seis meses antes de la quiebra, de constituciones dotales o de reconocimiento de capitales hechos por un cónyuge comerciante a favor del otro cónyuge; siempre que no fueran inmuebles de abolengo de éste o adquiridos o poseídos de antemano por el cónyuge a cuyo favor se hubiere hecho el reconocimiento de dote o capital; de constituciones dotales hechas en los seis meses anteriores a la quiebra, de bienes de la sociedad conyugal en favor de las hijas o cualquiera otra transmisión de los mismos bienes a título gratuito y, en otros casos más, siendo necesario para su anulación que el acreedor probara que el quebrado procedió con ánimo de defraudarlo en su derecho.

En cuanto a las clases de quiebra distinguió la insolvencia fortuita, la culpable y la fraudulenta, señalando taxativamente los casos que determinaban las respectivas calificaciones y las personas que consideraba cómplices de las quiebras fraudulentas, reconociendo a continuación los derechos de los acreedores en caso de quiebra y de su respectiva graduación, considerando como identidad todos los bienes que no se hubiesen transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, denominándolos "bien de dominio ajeno", considerando además como tales a los bienes que por su naturaleza constituyen identidad, a los bienes dotales y parafernales de la mujer, siempre que estuvieran inscritas las escrituras respectivas en el Registro Mercantil.

La rehabilitación no era posible tratándose del quebrado fraudulento, siendo permitida, únicamente, respecto de los insolventes fortuitos o culpables, siempre que justificaran el cumplimiento íntegro del convenio aprobado, que hubiesen hecho con sus acreedores, y si no hubiese existido convenio, estaban obligados a probar previamente que con la masa de la quiebra o mediante entregas posteriores, quedaron satisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de la quiebra. Con la rehabilitación cesaban todas las interdicciones inherentes al estado de quiebra.

Por último, consignaba el Código algunas disposiciones relativas a la quiebra de las sociedades mercantiles en general y a la suspensión de pagos y a la quiebra de las compañías y empresas de ferrocarriles y demás obras públicas.

Completando el Código de Comercio de 1902, se promulgó simultáneamente la Ley Procesal de Quiebras. "Muy graves y serios inconvenientes surgirían en la práctica, faltando aquella ley. El nuevo Código de Comercio no se diferencia del que rige en España desde el año 1886. Este Código no se ocupa de procedimiento judicial en materia de quiebras y suspensión de pagos. En ese país, tratándose de este ramo importantísimo de la legislación, se ha creído útil y acertado separar la parte sustantiva de la parte adjetiva. Y es por este motivo que la ley española de procedimientos, señala los trámites del juicio de quiebra. En el Perú no se ha seguido el mismo sistema. Aquí el Código de Enjuiciamientos trata sobre el juicio de concurso y no sobre el juicio de quiebras. Por eso, si se promulga el Código de Comercio y no se expide la ley a que aludimos, no habrá otro remedio que convertir las quiebras en concursos, aplicando el prin-

cipio de la analogía. Aterra pensar en ese resultado", expresaban los señores PEDRO CARLOS OLAECHEA, MANUEL F. BELLIDO, ELISEO ARAUJO, GERMÁN TORRES CALDERÓN, y A. M. CÁCERES, el 7 de octubre de 1901, al suscribir el dictamen que solicitó la Cámara de Diputados, sobre el proyecto de Código de Comercio. Este criterio prosperó, y el proyecto en referencia, constante de 116 artículos fué una realidad.

La Ley Procesal de Quiebras, confirmando lo establecido en el Código de Comercio, dispuso que sólo los comerciantes podían ser declarados en quiebra; reconoció el principio de la acumulación y la competencia del Juez en lo Civil para declarar la quiebra y el hecho de que ella debe fundarse en obligaciones mercantiles de deuda líquida, cierta y exigible, cuyo pago no se hubiera efectuado. Consignó la obligación del comerciante que cesa en sus pagos, de revelar este hecho por escrito y dentro de tercero día; el contenido del auto de quiebra y el principio de la publicidad. En relación con los Síndicos, estableció la forma de sus designaciones, disponiendo que ellas recayeran sólo en personas de notoria solvencia y honradez, fijando sus obligaciones, duración, los impedimentos, las causas de renuncia y las sanciones.

La Ley Procesal de Quiebras también señaló las formalidades relativas a la ocupación de los bienes y documentos del fallido y a la venta de los bienes sujetos a corrupción o deterioro, así como lo relativo a la presentación de los créditos y de su verificación y preferencia, para luego referirse a la solución de quiebra por adjudicación de los bienes de la masa a los acreedores, indicando el procedimiento y las consecuencias jurídicas de esta figura en relación con el deudor y los acreedores privilegiados.

Los últimos títulos de la ley contenían disposiciones sobre la clausura de los procedimientos de quiebra, el procedimiento a seguirse en caso de suspensión de pagos y sobre la competencia de los jueces del domicilio comercial del fallido para conocer de los juicios de quiebra, aún cuando el quebrado hubiera practicado accidentalmente actos de comercio en otra nación, agregándose que si el fallido hubiera tenido dos o más casas comerciales, agencias o sucursales en distintos Estados, serían competentes para conocer del juicio de quiebra cada uno de ellos, estableciéndose los derechos que correspondían a los acreedores lo-

cales, en caso de quiebra declarada en país extranjero, contra una persona que tuviera bienes en la República.

Este ordenamiento legal subsistió hasta el 28 de julio de 1912 en que empezó a regir el Código de Procedimientos Civiles preparado por la Comisión presidida por el doctor LUIS FELIPE VILLARÁN y completada por los doctores FRANCISCO J. EGUIGUREN, ANSELMO V. BARRETO, VÍCTOR M. MAURTUA, JOSÉ MATÍAS MANZANILLA, PEDRO CARLOS OLAECHEA, MÁNUEL VICENTE VILLARÁN y ALFREDO SOLF Y MURO, que se ocupó extensamente del concurso de acreedores, la suspensión de pagos y la quiebra de los comerciantes, en los títulos IX, X y XI de la Sección Segunda.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, introdujo algunas innovaciones sobre la materia, pero, en términos generales, se repitieron las disposiciones contenidas en el Código de Comercio y en la Ley Procesal de Quiebras. Entre las innovaciones más importantes podemos destacar las siguientes: autorizó expresamente a los acreedores hipotecarios, prendarios y anticréticos a seguir percibiendo intereses no obstante la declaración de concurso; se marcó el plazo, no menor de diez días ni mayor de sesenta, para que los acreedores presentaran los títulos justificativos de sus créditos. Las demás disposiciones son similares a las contempladas en el Código de Comercio y en la Ley Procesal de Quiebras.

Tratándose de los incidentes derivados de la oposición, al reconocimiento de créditos, se permitió la apelación en ambos efectos y el recurso de nulidad contra lo resuelto por la Corte Superior. En el Capítulo VII, al referirse al pago de los créditos y terminación del concurso, repitiendo en líneas generales las disposiciones de la legislación anterior, dispuso que, en cualquier tiempo, si los procedimientos del concurso se encontraban paralizados, por insuficiencia del activo, para atender a los gastos, podría el Juez, aún de oficio y con audiencia del Síndico, declarar la clausura del concurso.

Merece igualmente destacarse la nota humanitaria de la ley consistente en la posibilidad de que al concursado podía entregársele si lo solicitaba y por una sola vez, una asignación de alimentos, teniéndose presente sus circunstancias, pero condicionando la entrega a la existencia de dinero suficiente, plausible medida que fué completada, al añadirse a continuación, que se podría entregar al fallido una pensión mensual para el mismo

fin, siempre que no excediera de doce meses. Además, en caso de fallecimiento del deudor, de su esposa o de alguno de sus hijos, procedía la entrega de dos mesadas para atender a los gastos de enfermedad, luto y entierro.

El Capítulo XI, de la Sección Segunda, se ocupaba de la suspensión de pagos de los comerciantes, ordenando que desde que se presente la demanda de suspensión, el deudor estaba impedido de enajenar sus bienes y de realizar operaciones que pudieran disminuir su activo o alterar la situación de sus acreedores, sin la intervención del Síndico, a quien sólo se otorgaban funciones de mero interventor, correspondiendo al Juez decretar la suspensión provisional, que se haría definitiva, después de aprobada por los acreedores. Como la suspensión de pagos no determinaba la liquidación del comerciante, se dispuso que los créditos comprendidos en la suspensión sólo podrían ser pagados a prorrata con prescindencia de su naturaleza, sin que fuera posible celebrar pacto en contrario, no reconociéndose otras preferencias que las provenientes de créditos hipotecarios, depósitos o derechos reales; de arrendamiento de bienes raíces, de alimentos, de salarios de criados, jornaleros o dependientes de comercio o de suministros, hechos al deudor para la subsistencia de su familia, durante tres meses anteriores a la suspensión provisional de pagos.

Con relación a la quiebra, en el título XII se establecieron los mismos procedimientos que regulaban el concurso, con algunas modificaciones explicables. Tratándose de la declaración de quiebra por la clausura de escritorios, almacenes o dependencias del comerciante, se prescribió que tal clausura debería ser por más de ocho días útiles, a fin de evitar "que la ligereza o malevolencia puedan atribuir a malos manejos del comerciante, una ausencia transitoria de éste", como se expresó en la Exposición de Motivos. Así mismo, se modificó sustancialmente el ordenamiento anterior al estatuirse, que, calificada la quiebra de fortuita, quedaba expedito el fallido para dedicarse al comercio, suprimiéndose el requisito de la previa rehabilitación.

Todas estas regulaciones subsistieron hasta el 2 de agosto de 1932 en que se promulgó la Ley Procesal de Quiebras N° 7566, cuyo análisis, crítica y reformas más urgentes, serán materia de capítulo especial.

Finalmente, es preciso mencionar el Decreto-Ley N° 7159 de 23 de mayo de 1931, que contiene la llamada Ley de Bancos, cu-

yo capítulo VIII, ampliado por la Ley N° 11761, de 12 de febrero de 1952, se refiere a la liquidación y quiebra de las empresas bancarias, estableciendo un procedimiento especial en el que, "la intervención de los tribunales se limitará a las funciones que les designa esta ley", porque la liquidación y resolución de todas las cuestiones que se susciten en el curso de ésta o de la quiebra, corresponde al Superintendente de Bancos, a quien se ha concedido facultades jurisdiccionales. En otro capítulo, del presente trabajo, estudiaremos este procedimiento privativo, que sustrae, a las empresas bancarias, de las prescripciones de la ley común.

CAPITULO SEGUNDO

La Quiebra.— Generalidades.— Su concepto.— Naturaleza jurídica del juicio de quiebra.— Las tesis de Carnelutti, D'Avack. Navarrini, Jaeger, Garrigues, Chiovenda, Bonelli, Brunetti, Satta.— El juicio de quiebra como proceso especial. Sus características: indivisibilidad, unidad, universalidad, acumulación, brevedad.

La palabra quiebra (1) encierra diversos significados en la terminología jurídica, porque evidentemente, representa distintos conceptos. Se dice que una persona se encuentra en estado de quiebra cuando, mediante una declaración judicial, se ha establecido tal situación. Por quiebra también se entiende el conjunto de disposiciones que regulan los efectos que se derivan para el fallido a consecuencia de su insolvencia jurídicamente declarada, o de su simple cesación de pagos, en la masa de sus bienes y en su persona y así hablamos del derecho sustantivo o material de quiebras, y correlativamente, al ordena-

(1) La palabra quiebra significa rotura de una cosa por alguna parte, o pérdida o menoscabo de una cosa, por eso decimos que la quiebra es la pérdida total del crédito de una persona. En otros regímenes legales la quiebra se denomina bancarrota (Inglaterra, Francia y en el derecho continental Europeo). Es sabido que los comerciantes de las ciudades italianas, de la época medioeval, acostumbraban a realizar sus transacciones sobre un banco de la plaza pública. Cuando el comerciante se encontraba en la imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones vencidas, se rompía el banco en señal de protesta, denominándose "bancarotta" el estado de insolvencia del comerciante. Las expresiones "fallite" y "fallimento" propias de los derechos francés e italiano, con que designa a la quiebra, tienen su origen en el verbo latino "fallere", esto es, engañar, ocultarse, a lo que hay que agregar que la voz francesa "fallir" y la italiana "fallire", significan también, errar, faltar, fallar, apreciándose que actualmente el concepto de quiebra no responde, con exactitud, a la semántica de las palabras ya tradicionales en las distintas legislaciones.

miento legal que tiene por objeto poner en marcha al proceso que es necesario seguir para obtener el propósito perseguido por los acreedores del deudor común, se le denomina derecho procesal de quiebras. Hay entonces, un derecho sustantivo o material de quiebras y un derecho formal o procesal que, estrechamente unidos, tienden a realizar los fines de la institución.

Los tratadistas no están de acuerdo sobre la naturaleza jurídica del proceso de la quiebra, como no lo están respecto a otras instituciones jurídicas, y es que por la complejidad de sus problemas no es tarea fácil llegar a conclusiones definitivas y excluyentes.

Se ha sostenido que el proceso de la quiebra es un proceso de jurisdicción voluntaria o no contencioso. Otros, por el contrario, admiten la contensión del procedimiento pero lo asimilan al juicio ejecutivo individual, contraponiéndose a quienes defienden la tesis de que se trata de una ejecución colectiva. Paralelamente a estas posiciones contradictorias, se ha pretendido que es un juicio en que la voluntad de la ley se manifiesta en sus distintas formas: cognición, conservación y ejecución, y por último, se ha dicho que el juicio de quiebra es de naturaleza sui-générís y que es "un procedimiento de procedimientos".

Para FRANCESCO CARNELUTTI (2) "en el juicio concursal, lo mismo que en la ejecución ordinaria, la autoridad embarga los bienes del deudor, los liquida y los distribuye, ello se hace en cada caso, por una razón distinta, aún más, contraria; el protagonista del embargo ejecutivo ordinario es el deudor que tiene y no quiere dar, mientras que en el embargo concursal, es el deudor que quisiera dar pero que no tiene. La diferencia, más exactamente, la antítesis, se resuelve en los dos conceptos de incumplimiento y de insolvencia, el primero de los cuales, representa el presupuesto del juicio ordinario de embargo ejecutivo y, el segundo, el del juicio ordinario concursal. Si, por consiguiente, en el juicio concursal no se embarga al deudor que no da, sino al que no tiene, esto es, no al que incumple sino al insolvente, la verdad es que con el juicio concursal no se compone una litis, o hablando en otros términos, no se actúa una sanción. El fin del proceso concursal es diverso. Se embarga, se liquida y se distribuye el patrimonio del deudor, no para vencer una resisten-

(2) Natura del Processo de fallimento, en Rivista di Diritto Processuale Civile. Vol. XIV. Parte 1ª. Año XV, 1937, pág. 213 y sgts.

cia, sino para asegurar la "*par conditio creditorum*". Esto quiere decir que el juicio concursal es un proceso de jurisdicción voluntaria".

Coincidiendo con estos puntos de vista, CARLO D'AVACK (3) estima que la quiebra es de naturaleza acusadamente administrativa, en la idea que, en el curso de la quiebra, el interés del Estado domina la tónica del procedimiento y que este interés determina inevitablemente los diferentes fines del proceso ejecutivo; que en la quiebra no hay acción ni en cuanto al inicio ni en cuanto al proceso, que por consiguiente no hay partes y que además no existe, propiamente, un título ejecutivo o si existe es deficiente, a lo que hay que agregar que el juicio de quiebra persigue la supresión del mundo económico de las entidades que se colocan en la imposibilidad de continuar sus actividades, porque tal continuidad causaría grave perjuicio a la colectividad, lo que justifica el interés del Estado, ya que éste, en el procedimiento concursal, elimina coactivamente del ejercicio del derecho de acción a los acreedores y al deudor, en bien del supremo interés público y por eso es explicable que el Estado actúe, tanto contra el deudor como contra el acreedor, o los terceros. El Estado, al efectuar la liquidación de los bienes que constituyen la masa de la quiebra, no pretende favorecer los intereses del acreedor, estimado como individualidad, sino como conjunto, ni su actividad la desenvuelve en sustitución de éstos; el interés perseguido es un interés propio, en tal medida diferente y superior al de los sujetos individuales. Ese interés es el que provoca la declaración de la quiebra, los juicios revocatorios, administra y liquida bienes del fallido y reparte entre los que tienen derecho a lo así obtenido, expresando, finalmente que los órganos del Estado al perseguir un interés esencialmente público, inmediato, distinto y contrapuesto al de los particulares, se sitúan en la imposibilidad jurídica de desarrollar una actividad propia de la función jurisdiccional, operando más bien sobre el campo administrativo.

Reaccionando contra esta concepción se ha dicho que el proceso de la quiebra es un simple juicio ejecutivo, porque este proceso no está encaminado a conseguir la declaración judicial de un derecho, sino el cumplimiento de una obligación ya existente. No se discute el derecho propiamente dicho, se exige al

(3) La Natura Giuridica del Fallimento. Padova, 1940. Cap. VII, pág. 132 y sgts.

deudor el cumplimiento de una obligación, amparándose en un título ejecutivo del que aparezca claramente establecida y al que las leyes le otorgan mérito bastante para aparejar la ejecución, tal como sucede en el juicio de quiebra, que es un proceso y por lo tanto de jurisdicción contenciosa y dentro de éste no puede considerarse como un juicio declarativo sino ejecutivo.

HUMBERTO NAVARRINI, (4) incidiendo en estos conceptos expresa que "no debe hacerse una división tripartita del procedimiento y decir que se trata de jurisdicción voluntaria cuando la provoca el mismo deudor, de procedimiento ejecutivo si fué provocada por los acreedores, y de una medida de orden público, si la inició el Juez de oficio. En realidad se trata de un procedimiento de carácter único, complejo, jurisdiccional, contencioso, ejecutivo, porque la finalidad fundamental es la ejecución".

La misma tesis la sostiene JAEGER (5) cuando dice: "por su fin unitario, el procedimiento concursal forma una categoría especial de juicio civil, pero no un procedimiento declarativo sino ejecutivo. El Tribunal de la quiebra no está llamado a resolver en cuanto a tal, cuestiones, y efectúa la declaración de los derechos de los acreedores, en la medida en que ello se realiza dentro del procedimiento concursal, desplegando una actividad de documentación, no de cognición. Las actuaciones que ante él realizan los interesados, para el examen de los créditos, su graduación, convenios, etc., no son actuaciones contenciosas "ante el Juez de la causa", y por lo mismo, tampoco son públicas. Junto a la ejecución forzosa de acreedores aislados, sobre cosas objeto de un embargo individual, donde el rango lo da la prioridad de éste, la quiebra aparece con sustantividad propia, como un embargo simultáneo de todas las cosas susceptibles de él, y que componen el patrimonio del deudor en beneficio de todos los acreedores personales. Ha de observarse además, que la liquidación y distribución de la masa de los bienes no constituye una función del Tribunal concursal. La actividad de éste se reduce fundamentalmente al nombramiento e inspección del administrador, el cual a su vez realiza en gran medida actividades que conceptualmente pertenecen a la jurisdicción voluntaria".

(4) La Quiebra.— Madrid, 1934; Ed. Reus, pág. 76.

(5) Citado por Prieto y Castro en Estudios y Comentarios para la Teoría y Práctica Procesal Civil. Madrid, 1950. Ed. Sáenz. Vol. 2, pág. 503, parágrafo 4.

Por otro lado se sostiene que la quiebra no es una ejecución singular, porque no tiene título ejecutivo y existe la posibilidad de que pueda ser pedida por el mismo deudor o declararse de oficio, supuesto que no se conciben en la ejecución individual y que si bien eso demuestra que el juicio ejecutivo no puede asimilarse a los moldes del proceso ejecutivo individual, no quiere decir que no sea una ejecución colectiva "y las aparentes anomalías, en realidad caracteres propios de la ejecución colectiva, serán fácilmente reducidas en los lugares oportunos, a los esquemas típicos del proceso común, y tampoco creemos que se pueda dudar del carácter contencioso del proceso de quiebra, es decir, que ella presuponga un contraste acerca del derecho que se dirime por la vía de la acción y sea sin embargo modificada en su ejercicio a las exigencias de la tutela colectiva" (6).

El Profesor GARRIGUES (7) sostiene, igualmente, que el juicio de quiebra es de naturaleza especial "la nota esencial del derecho de quiebras consiste en que regula un procedimiento de ejecución colectiva o universal que descansa en el principio de la comunidad de pérdidas; y de aquí el carácter predominante procesal de la institución. Se trata de un procedimiento que no pertenece propiamente ni a la jurisdicción contenciosa ni a la voluntaria, y es, más bien, de naturaleza especial, porque no hay partes litigantes más que en los incidentes surgidos al margen del procedimiento principal, y porque el Juez desarrolla, junto a una actividad judicial estricta, una actividad administrativa o de dirección, que es la predominante, y donde aparece la colaboración de los propios acreedores".

Frente a estas posiciones contradictorias han surgido las tesis eclécticas sostenidas por CHIOVENDA (8) y por BONELLI (9) para quienes el juicio de quiebra es complejo y sui-géneris, en el cual los tribunales desarrollan una actividad administrativa, jurisdiccional, voluntaria y contenciosa, expresándose la voluntad de la ley en todas sus distintas formas: conocimiento, conservación y ejecución.

Por último, BRUNETTI adopta una posición análoga, expresando que el procedimiento de quiebra tiene muchas caracterís-

(6) Satta Salvatore, "Instituciones del Derecho de Quiebra", Bs Aires, 1951.— Ed. Ediciones Jurídicas Europa América, pág. 42, parágrafo 2.

(7) Curso de Derecho Mercantil tomo II.— 1940, pág. 436—, cit. por Prieto y C.

(8) Instituciones, Madrid, 1936. Ed. Revista de Derecho Privado, pág. 308.

(9) Del Fallimento, Milano 1938, T. I, Casa Editrice Dr. F. Vallardi, pág. 121 y sgts.

ticas del juicio ejecutivo individual, que se desarrolla en varios procesos de contenido diferente relacionados estrechamente, pero encaminados todos a la ejecución universal. Para este autor, el proceso de la quiebra es de conocimiento, ejecutivo, de jurisdicción voluntaria, de actividad administrativa, que son en su concepto las facetas o matices de un solo procedimiento, añadiendo textualmente que "el procedimiento de quiebra no corresponde sustancialmente a ninguno de los tipos tradicionales del procedimiento civil, es un ordenamiento especial, que no es otra cosa que la regulación de los procedimientos propios de la quiebra, que son de distinta naturaleza según la actividad a la que cada uno se refiere" (10), indicando más adelante que "si consideramos el procedimiento en relación a su función, conviene decir que el de quiebras no es de conocimiento, ni de ejecución, ni de jurisdicción voluntaria, sino que se compone de todos estos elementos que en él se funde armónicamente, aunque sean claramente identificables" (11).

Es indudable que el procedimiento de quiebra no es un proceso administrativo o de jurisdicción voluntaria, como pretenden CARNELUTTI y D'AVACK, en el proceso de la quiebra como apunta SATTA (12), "están frente a frente, como en cualquier ejecución forzosa, intereses privados de los acreedores y del deudor y otros intereses que no son asumidos, en su tutela como intereses generales, sino en el sentido y en los límites en que la tutela jurisdiccional de un interés, precisamente porque es jurisdiccional, está siempre en función de un interés general, el interés de la norma cuya realización concreta se trata".

La jurisdicción contenciosa se diferencia de la jurisdicción voluntaria en que mientras la primera se ejerce *contra volentes*, empleando la terminología de CARNELUTTI, o sea entre personas que tienen que acudir al juicio contra su voluntad por no encontrarse de acuerdo en sus pretensiones, en la segunda la actividad jurisdiccional se ejerce *intervolentes*, vale decir, entre personas que están de acuerdo sobre la acción que se ejercita y más aún, mientras la sentencia pronunciada en un proceso contencioso tiene que ajustarse estrictamente a lo alegado (juicios de puro derecho), o probado por las partes, en la jurisdicción

(10) Brunetti, Antonio; "Tratado de Quiebras", México 1945. Ed. Porrúa Hnos., S. A., pág. 144, parágrafo 1.

(11) Op. cit. pág. 147, parágrafo 2.

(12) Op. cit. pág. 43.

voluntaria se solicita la intervención del Juez para darle fuerza y eficacia a un hecho o a una situación determinada.

En virtud de esta distinción, se infiere que en los procesos contenciosos siempre hay partes y se presenta un conflicto de intereses, y que en los procedimientos no contenciosos no hay partes, sino simples solicitantes, porque parte es el que disputa con otro en juicio, sea como actor o como demandado, o como dice CHIOVENDA (13) "parte es aquel que pide en nombre propio (o en cuyo nombre se pide la actuación de la voluntad de la ley), y aquel frente al cual es pedida". En el juicio de quiebra hay un conflicto entre los intereses de los acreedores y el deudor común y tanto aquéllos como éste son partes en el proceso. El recurso de oposición a la declaración de quiebra es una evidencia de la contención, ya que quien lo ejercita actúa procesalmente como parte, y aún en el caso de que no formulara oposición seguiría siéndolo, al concedérsele el derecho de defensa y en virtud de él, la facultad de ejercitar todos los recursos compatibles con su situación. En cuanto a los acreedores debemos agregar que continuamente deben intervenir en cuestiones contenciosas con el propio deudor, con sus coacreedores y aún con los terceros. Las acciones revocatorias, las oposiciones al reconocimiento de un crédito, o a su preferencia, y la reivindicación de ciertos bienes, son fórmulas que no pueden subsumirse dentro de los moldes del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Igualmente inadmisibles es pretender asimilar el proceso de la quiebra al juicio ejecutivo singular, porque entre ellos existen marcadas diferencias que es preciso señalar, para disipar cualquier duda que pudiera surgir. La quiebra en primer lugar supone la imposibilidad del deudor de cumplir con sus obligaciones, por la insolvencia en que se encuentra, o por su cesación de pagos, y sólo después de acreditada esta situación es que procede la declaración judicial que coloca al deudor en estado de quiebra. En segundo término, la declaración de quiebra deja sin efecto todas las medidas cautelares decretadas a solicitud del acreedor singular y su preferencia, con las excepciones que hace la ley, así como la acción misma incoada con independencia de los demás acreedores, porque el objeto del juicio de quiebra es distribuir el íntegro del patrimonio del deudor entre los acree-

(13) Instituciones de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1936. Ed.. Revista de Derecho Privado, pág. 264, parágrafo 2.

dores en proporción al importe de sus créditos, observándose determinadas preferencias inherentes a la naturaleza de ciertos créditos, lo que justifica la existencia del Síndico de la Quiebra para lo cual se hace necesario determinar la masa de la quiebra y, establecer con la mayor precisión, los bienes del deudor que serán materia de la realización.

Para nosotros, el juicio de quiebra es un juicio especial que implica el ejercicio de una definitiva actividad jurisdiccional. Creemos, con PRIETO y CASTRO (14), que "la actividad que tanto en la quiebra como en el concurso realiza el Juez, es estrictamente judicial. Podrá predominar, en dicha actividad, el aspecto fiscalizador o el decisorio, pero siempre estaremos ante el ejercicio de una función jurisdiccional". El juicio de quiebra tiene características que le son propias y, por consiguiente, no es posible asimilarlo a ninguno de los procedimientos típicos admitidos tradicionalmente por el Derecho Procesal, tales como la indivisibilidad, la unidad, la universalidad, la acumulación y la brevedad.

La indivisibilidad permite hacer un todo entre el patrimonio del fallido y la integridad de sus deudas, para realizar ese patrimonio y distribuirlo a prorrata entre los acreedores, eliminándose la separación entre los varios acreedores y los bienes singulares sobre los que se pretende la satisfacción de las deudas y se elimina la regla *prior in tempore potior in jure*, para obtener, en principio, la igualdad de trato entre los distintos acreedores, incorporándose el principio de la *par conditio creditorum*, del que únicamente se excluyen determinados acreedores privilegiados.

Consecuencia de la indivisibilidad de la quiebra son su unidad y universalidad. Si sólo se forma una masa activa y una sola masa pasiva y es necesario realizar ésta para cubrir aquélla, es obvio, que tal finalidad debe conseguirse en un solo procedimiento en el que son parte todos y cada uno de los acreedores del deudor común, ya que de otro modo se desnaturalizaría la esencia misma de la quiebra, rompiéndose la indivisibilidad entre los bienes del deudor y todas sus obligaciones.

La quiebra, como una universalidad, pretende la liquidación de todo el patrimonio del deudor común, tanto del activo

(14) Op. cit. pág. 505, párrafo 2.

como del pasivo (15) "el obligado tiene que responder con todos sus bienes presentes y futuros, ofrece con éstos una garantía común a todos los acreedores, que tendrán sobre ellos iguales derechos, salvo las causas legítimas de prelación. El concepto de universalidad debe referirse por ello, por un lado, a la cosa, como objeto de la liquidación, y por otro, a los destinatarios de ésta última. La cosa abarca todo el patrimonio presente y futuro del deudor común; es decir, los bienes existentes en el momento de la declaración de quiebra; y no sólo éstos, sino que puede comprender también aquellos bienes que hubieran sido distraídos por el deudor, los que podrán ser reintegrados a la masa común por los procedimientos reivindicatorios de la quiebra". La universalidad, explica el Profesor MANUEL SÁNCHEZ PALACIOS (16) "significa que en el juicio de quiebra se comprenden todos los bienes y todas las obligaciones del deudor, aunque desarrolle sus actividades económicas en distintos lugares".

La universalidad de la quiebra conforme a estos presupuestos es objetiva en cuanto se refiere a la integridad de los bienes del deudor y a las acciones que es necesario seguir para establecerlos, y subjetiva en cuanto comprende a todos los acreedores del fallido.

Esta nota característica del proceso de la quiebra sufre en la práctica las limitaciones derivadas del principio de la territorialidad, en la hipótesis de que el fallido tenga bienes en el extranjero y surge entonces el problema de si esos bienes en razón de la universalidad de la quiebra, deben ser puestos a disposición del Juez que la ha declarado o por el contrario, si esos bienes se sustraen al procedimiento, para satisfacer con ellos los créditos de los acreedores residentes en el país en que se encuentran.

Los juristas de la escuela italiana sostienen que el principio de la universalidad es el que debe prevalecer sobre toda otra consideración, porque la quiebra se extiende a todos los bienes del deudor y de consiguiente debe comprender a todos los acreedores, sin tenerse en cuenta la ubicación de esos bienes ni el lugar de residencia de los acreedores, y que el principio de la igualdad de trato se quebraría con la aplicación de las distintas

(15) Brunetti, Antonio; op. cit. pág. 14, párrafo 1.

(16) "Ley Procesal de Quiebras", Lima, 1958. Ed. San Marcos, pág. 4, párrafo 6.

leyes reguladoras de la institución, añadiendo que la subsistencia del principio impediría la declaración de nuevas quiebras con el consiguiente perjuicio de los acreedores comunes.

NAVARRINI consecuente con los principios sustentados por la escuela italiana y desechando el sistema intermedio de la territorialidad para los bienes inmuebles y de la individualidad para los bienes muebles opina que (17) "el principio de la unidad o universalidad, incluso en las relaciones de que se trata, se impone porque está fundado sobre el concepto estrictamente jurídico de la unidad del patrimonio, de la unidad de la responsabilidad que a él corresponde, y sobre todo a la necesidad fundamental del pie de igualdad de todos los acreedores que han puesto su fé en el deudor común. Estos conceptos tienen el firme valor de quitar importancia y trascendencia a los inconvenientes antes mencionados".

El sistema contrario, o sea el de la territorialidad, considera que la universalidad de la quiebra, tiene que estar limitada por las leyes vigentes en el territorio donde se encuentran los bienes del quebrado y por eso debe haber tantas quiebras como países donde se encuentran los bienes, en virtud de la protección legal que gozan todos los habitantes del Estado.

El Código de Comercio italiano, no obstante la doctrina sustentada por los juristas defensores del principio irrestricto de la universalidad, admitió la pluralidad de quiebras. En nuestra ley se dispone, que la quiebra declarada en país extranjero, no puede invocarse contra los acreedores que el fallido tenga en la República, para disputarles los derechos que pretendan sobre los bienes existentes dentro del territorio, ni para anular los actos que haya celebrado el fallido, agregando que declarada la quiebra por los jueces de la República, no se tomará en consideración a los acreedores que pertenezcan a la quiebra declarada en el extranjero, sino para el caso de que, pagados íntegramente los acreedores de la República, resulte sobrante; y, correlativamente, si la quiebra se declara en la República, de los créditos que contrató el quebrado en el extranjero, sólo se tomarán en cuenta las cantidades que, efectivamente, se hubiesen dedicado a sus negocios en el Perú, excluyendo la parte que se invirtió en los negocios del propio quebrado establecidos en otros países, pero disponiendo que la parte de la deuda provenientes

(17) La Quiebra, Madrid, 1943. Ed. Reus, pág. 79, párrafo 2.

de negocios distintos a los establecidos en la República, será pagada con el sobrante que resultare después de pagados íntegramente los créditos propios de la quiebra (art. 26).

La acumulación es otra de las características del juicio de quiebra, como corolario inevitable de la unidad y universalidad del mismo. Ante una sola autoridad judicial deben acumularse todas las acciones de los acreedores contra el deudor común, porque de otro modo no sería posible conseguir el objetivo final de la quiebra. Sin la acumulación de las acciones, los acreedores podrían continuar exigiendo directamente el pago de sus créditos, la quiebra se tornaría un procedimiento anárquico e ineficaz, la *par conditio* no tendría cabida, y cada uno de los accionantes pretendería el pago preferente de su crédito, es decir, la quiebra del proceso de quiebra y de toda la doctrina que le sirve de fundamento.

Además, un principio elemental de economía procesal justifica la acumulación de todas las acciones de los acreedores contra el quebrado, porque tal unidad del proceso disminuye notablemente la actividad procesal y los excesivos gastos derivados de la profusión de las actuaciones, lamentablemente multiplicadas, si cada acreedor pudiera accionar por separado. En cuanto a la actividad jurisdiccional, la bondad de este principio resulta obvia, desde que el juzgador tendrá dentro, de un solo proceso, una completa visión y un mejor conocimiento de la quiebra y estará en condiciones de dictar todas las medidas tendientes a la protección de los intereses de la integridad de los acreedores. Es la llamada acumulación subjetiva de varios acreedores contra el deudor común.

La acumulación es también de procesos ya iniciados contra el deudor y comprende, asimismo, a todas las acciones que se interpongan contra terceros sobre nulidad o, reivindicación o, por cualquier otro motivo, relacionado con la liquidación de los bienes del quebrado. No tendría ninguna justificación la acumulación de procesos que no tengan este objeto, desde que si ellos no persiguen el fin común del procedimiento principal, no existe ningún inconveniente para que se inicien o prosigan ante el Juez que conforme a las reglas generales de la ley procesal, le corresponde conocer.

Por último debemos referirnos a la brevedad como otra de las características del juicio de quiebra, porque sin ella, los bienes que forman la masa activa se consumirían fácilmente, y

los acreedores se encontrarían, después de un largo procedimiento, burlados en sus derechos legítimos, que es precisamente lo que se quiere evitar, al haberse incorporado, al juicio de quiebra, disposiciones procesales que consigan este propósito, suprimiendo todo trámite que impida o entorpezca la celeridad del procedimiento y señalándose plazos perentorios que aseguren el paso de una etapa a otra sin mayores dilaciones, autorizándose la tramitación, en cuerda separada, de las cuestiones que se susciten, limitándose los recursos de apelación en ambos efectos y simplificando la institución de las notificaciones.

Todas estas características configuran al juicio de quiebra como un proceso distinto, de naturaleza especial, y por consiguiente todo intento de asimilarlo a cualquiera de los tipos tradicionales que consagran las leyes procesales, ha sido, es y será inoperante tentativa.

CAPITULO TERCERO

Los presupuestos de la quiebra.— La necesidad de distinguir los diferentes sistemas legislativos sobre la institución de la quiebra para establecer los presupuestos.— **El deudor comerciante.**— El denominado "pequeño comerciante". El estado de insolvencia: la insolvencia provisional y la insolvencia definitiva.— **La cesación de pagos.**— **Los hechos de quiebra.**— El acreedor unipersonal y la pluralidad de acreedores.

La institución de la quiebra está gobernada por diversos sistemas en las legislaciones de los países, algunos de los cuales admiten la quiebra única y exclusivamente para los comerciantes. Es el sistema francés seguido por Italia, Bélgica, Grecia, Polonia, Rumanía, Portugal, Egipto, y en general por todas las naciones cuya legislación en este aspecto se ha inspirado en las leyes francesas. Otros países admiten la posibilidad de declarar en quiebra, tanto al comerciante como al que no lo es, pero estableciendo sistemas procesales distintos en cada caso. Fué formulado por la legislación española y adoptado por muchas naciones, inclusive por el Perú hasta la promulgación de la Ley N° 7566, de 2 de agosto de 1932, en que nos afiliamos al sistema que en seguida se precisa. Por último, otros regímenes jurídicos consideran procedente declarar en estado de quie-

bra al comerciante y al no comerciante, sometiéndolos a un mismo procedimiento. Es el sistema seguido por Alemania, Austria, los países que integran el Commonwealth británico, Checoslovaquia, China, Japón, Suecia, Suiza, Turquía, Yugoslavia, Estados Unidos, Chile y Perú.

Es interesante tener presente estos distintos ordenamientos legales al analizar el primer presupuesto de la quiebra, o sea, la existencia de un comerciante, individual o colectivo, porque entonces llegamos a la conclusión, que si bien constituye un presupuesto necesario, en las legislaciones que admiten la quiebra sólo para los comerciantes, no lo es sino relativamente para las otras legislaciones, ya que según se ha destacado en ellas es posible declarar en estado de quiebra al deudor no comerciante. No obstante preciso es convenir en la necesidad de tener un concepto cabal de lo que es un comerciante, a fin de que pueda determinarse si el procedimiento a seguirse será el de la quiebra, relativa a los comerciantes, o el del concurso de acreedores, y aún en los países que adoptan el sistema del procedimiento único tampoco puede soslayarse la importancia de este concepto, porque siempre tendrán que hacerse distinciones entre el quebrado comerciante y el no comerciante. Bastará recordar que, mientras la declaración de quiebra del comerciante procede por el sobreseimiento en el pago corriente de sus obligaciones, tal causal no podrá servir de base para declarar en quiebra a la persona natural o jurídica no comerciante, sino que habrá que recurrir a otras señaladas en cada texto legal. Además el comerciante está sujeto a la calificación y tiene otras obligaciones dentro del proceso, que no pueden ser exigidas al deudor no comerciante.

Doctrinariamente se considera comerciante a la persona legalmente capaz, que ejecuta actos de comercio por cuenta propia y en forma habitual, y a las sociedades mercantiles establecidas con arreglo a la legislación de cada país. Comerciante puede ser, entonces, tanto una persona natural o individual, como una persona jurídica, nacida precisamente con la finalidad de ejecutar actos de comercio.

La capacidad legal, como integrante del concepto de comerciante, no es únicamente la capacidad a que se refieren los textos civiles, sino también la reconocida en cada legislación mercantil. Así por ejemplo, remitiéndonos concretamente al Código Civil del Perú, advertimos que conforme a lo dispuesto en

el Artículo 8º, son personas capaces de ejercer derechos civiles, las que han cumplido 21 años, añadiendo el Artículo 9º, que son absolutamente incapaces, los menores de 16 años y sólo relativamente incapaces los mayores de 16 años, lo que en manera alguna significa que estos menores no pueden continuar, por medio de sus tutores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes, ni aún en el caso de que dichos tutores estuvieran incapacitados, porque, para tal evento, el Artículo 5º del Código de Comercio los obliga a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales suficientes, previo el consentimiento del consejo de familia. Esto quiere decir que, un menor incapaz para el ejercicio de sus derechos civiles, puede ejercer el comercio a través de persona autorizada, o lo que es lo mismo, su incapacidad civil no le impide tener capacidad para el ejercicio del comercio, que es uno de los requisitos que debe reunir el comerciante individual, para ser considerado como tal, lo que explica que conforme al Artº 19 de nuestra Ley Procesal de Quiebras, el menor de edad, no emancipado, puede ser declarado en quiebra, sea o no comerciante, con la única limitación que ese estado sólo se extiende a los bienes dedicados a la actividad que determine la declaración de quiebra.

Asimismo, conviene destacar que determinadas personas expeditas para el ejercicio de sus derechos civiles, están impedidas de ser comerciantes, por razón del ejercicio de una actividad incompatible con el comercio, como son los miembros del Poder Judicial, los Agentes de Cambio y Bolsa y Corredores de Comercio, los Jefes Políticos o Militares, los empleados en la recaudación y administración de bienes del Estado nombrados por el Gobierno, no sólo por obvias razones de decoro, sino porque, quienes se dedican a estas actividades, deben utilizar todas sus energías en beneficio de interés general de la colectividad, que no les permite distraer parte de ese tiempo en una actividad tan concreta y particular como es el propio interés individual. En lo que respecta a los recaudadores del Fisco, la incompatibilidad resulta manifiesta si se tiene en cuenta el interés del Estado en evitar que sus fondos puedan ser utilizados, en la actividad comercial del recaudador.

No se puede confundir, sin embargo, la incapacidad con la incompatibilidad, ya que mientras los actos de comercio practicados por un incapaz absoluto, determinan inevitablemente su nulidad, los actos de igual naturaleza realizados por una per-

sona impedida, no son nulos, tienen plena validez, sin perjuicio de las sanciones que corresponde a quienes infringiendo la prohibición expresa de la ley, los han ejecutado, sin tener en cuenta las razones que han obligado al legislador a establecer la incompatibilidad.

El segundo elemento que integra el concepto de comerciante, es la realización de actos de comercio. Conviene, entonces, precisar el contenido y significación de esta expresión tan extendida en los ordenamientos mercantiles y explicada por los comercialistas, aunque advertimos la dificultad de encontrar una definición que encierre con toda amplitud y minuciosidad las diversas manifestaciones del tráfico comercial, que deben ser incorporadas a todo ensayo de una definición del acto de comercio desde un punto de vista doctrinario, ya que nuestra solución legislativa es suficientemente clara, al expresar el Artículo 2º del Código de Comercio, que se reputan actos de comercio los comprendidos en este Código y cualquiera otro de naturaleza análoga.

Acto de comercio se ha considerado a todo aquel que lleva consigo un lucro, una ganancia expresada en la actividad de comprar para revender. Pero esta consideración no puede satisfacer por más que tenga un contenido objetivo y olvide a los intervinientes, porque limita arbitrariamente la actividad comercial a sólo una de sus expresiones: el contrato de compra-venta mercantil. Bien sabemos que, aunque toda compra-venta mercantil implica la ejecución de un acto de comercio, no todo acto de comercio es una compra-venta. Por eso surgiría, oponiéndose a esta concepción, la teoría francesa de la circulación, en virtud de la cual se estimó al acto de comercio como la simple circulación de numerario, mercaderías, títulos de crédito, extremo que también resulta inadecuado, porque puede suceder, y sucede con frecuencia, que un producto o una mercadería circule del productor al consumidor, es decir sin que existan los "intermediarios especulantes" a que se refiere BOLAFIO (1), como en el caso del agricultor que vende su cosecha a un tercero directamente, con propósito de lucro, sin que tal operación pueda estimarse de carácter comercial, no obstante que un bien ha circulado y se ha desplazado del productor al consumidor.

(1) Bolafio León, Derecho Comercial II. Bs. Aires, 1947. Ed. Ediar, pág. 3.

Contra esta teoría se opuso, más tarde, la que aceptó como actos de comercio todos aquellos que tienen como finalidad una especulación, prescindiendo de si tales actos permiten la realización del cambio, porque, en el fondo, la actividad comercial es una de las facetas del quehacer humano, destinado a conseguir, mediante diversos medios, una utilidad o ganancia.

En realidad, estas teorías resultan incompletas, porque no consideran todos los elementos que son necesarios para configurar el acto de comercio, como son la interposición en el cambio y el lucro o especulación, por eso encontramos acertada la definición del Profesor LEÓN MONTALBÁN (2), para quien el acto de comercio "es la mediación entre el que ofrece y el que demanda, para realizar o facilitar la realización del cambio y obtener un lucro calculado sobre la diferencia del valor de cambio de las cosas", lo que permite encerrar en la definición, como apunta el mismo autor, el fin objetivo y el fin subjetivo del comercio, comprendiendo, además, los actos de mediación directa como los de mediación indirecta del comercio.

Precisando el significado del acto de comercio, se hace indispensable referirse al ejercicio de éste por la persona capacitada para ello, continuando con nuestro análisis de los elementos que integran doctrinariamente el concepto de comerciante. Ejercer el comercio no significa únicamente la ejecución directa o material de un acto de comercio. La palabra ejercer tiene una trascendencia jurídica, en cuanto significa una responsabilidad por el acto de comercio, realizado por tercera persona en representación del comerciante y en beneficio de éste como propietario del negocio. Es entonces irrelevante que el acto o los actos de comercio que se suceden diariamente en un establecimiento comercial, sean ejecutados en forma material por persona distinta del comerciante. Al asumir éste la responsabilidad comercial del negocio y ejecutar aquél esos actos por delegación e instrucciones del segundo, resulta claro que quien ejecuta el acto de comercio es el titular del establecimiento y será éste declarado en quiebra si sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, y no el factor o dependiente que no es comerciante, porque dichos actos los ha ejecutado por cuenta de un tercero y no por cuenta propia, que es otro de los elementos que integran el concepto de comerciante.

(2) León Montalbán A. Derecho Comercial. Lima, 1943. Ed. Lumen, pág. 91, párrafo 1.

Para ser considerado comerciante, no basta que la persona que ejecute un acto de comercio tenga capacidad legal, ni que lo realice por cuenta propia. Es preciso, además, que ese ejercicio por cuenta propia, sea habitual, es decir, continuado ininterrumpidamente, a tal punto, que este quehacer cotidiano y reiterado, llegue a ser o sea de hecho una profesión u ocupación estable. Los actos de comercio que puede realizar una persona legalmente capaz, por más que los realice en nombre propio, no le conferirán la calidad de comerciante, porque no se dedica en forma permanente a realizarlos, ni a procurarse con ellos una ganancia o lucro en forma habitual, con el objeto de subvenir a sus necesidades o acrecentar su patrimonio. La habitualidad es la demostración palmaria de una intención, de un procurarse una utilidad permanente, con la ejecución de los actos de comercio, por tal razón la habitualidad tiene un sentido amplio y en determinados casos puede ser presunta, porque el comerciante está en aptitud de expresar su voluntad en orden al ejercicio permanente del comercio, con hechos tangibles y notorios que impliquen la habitualidad, como sería abrir al público un establecimiento comercial, porque quien así procede, no es para ejecutar ocasionalmente actos de comercio, sino para realizarlos en forma habitual. Nuestro Código de Comercio va más allá y dispone que existirá la presunción legal del ejercicio habitual del comercio, desde que la persona que se proponga ejercerlo, anunciare por circulares, periódicos, carteles, rótulos expuestos al público, o de otro modo cualquiera, un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.

No podemos dejar de referirnos por último, a determinadas personas que dedicándose habitualmente al ejercicio de actos de comercio, no son considerados comerciantes, por la limitada extensión de sus actividades, que no crean estrictamente una riqueza sino se procuran con su actividad la forma de subvenir a sus necesidades vitales, tales como los revendedores ambulantes, los titulares de pequeños comercios, y en general todos aquellos que trabajan por cuenta propia en cualquier otra actividad análoga. Estos pequeños comerciantes, están exonerados, de ordinario, de la obligación de llevar libros de contabilidad, pagar impuestos a las utilidades comerciales, patente comercial etc., estando sujetos, únicamente, al control municipal. La legislación italiana inspirándose en la alemana y austriaca, los excluyó de los rigores del juicio de quiebra, por considerar

que no se justificaba poner en movimiento toda la mecánica del procedimiento ordinario, para liquidar un escaso caudal, prescribiendo para el caso de insolvencia de éstos, un procedimiento distinto, al que se ha dado en llamar "procedimiento de las pequeñas quiebras" (del que nos ocuparemos en el capítulo sexto del presente estudio), que era aplicable primitivamente a todos aquellos pequeños comerciantes cuyas deudas no excedieran de cinco mil liras. Posteriormente, el criterio del legislador italiano ha variado y conforme al Decreto de 16 de marzo de 1942, se aplica un procedimiento sumario a toda clase de quebrados comerciantes siempre que sus deudas no excedan de 50,000 liras, dejando al margen del procedimiento ordinario de la quiebra, tanto al comerciante propiamente dicho, como al pequeño comerciante, a diferencia de la legislación argentina, para la cual eventualmente, la calidad de pequeño comerciante, puede ser un presupuesto necesario de la quiebra ordinaria, si el concordato previo fracasa, o es anulado por no haberse observado las formalidades de ley, por falta de personería o falta de representación de los acreedores o por exageración fraudulenta debidamente acreditada.

Comerciantes no sólo pueden ser las personas naturales o físicas, sino también las personas jurídicas, cuya finalidad constitutiva sea el ejercicio del comercio, siempre que se organicen de acuerdo con las disposiciones mercantiles que señala el ordenamiento legal respectivo. Una sociedad nacida de acuerdo con los requisitos exigidos a toda sociedad mercantil, está capacitada por ese mismo hecho, para ejercer el comercio, sin que sea indispensable exigirle el ejercicio habitual para que adquiera la calidad de comerciante, por el mismo fundamento que hemos señalado tratándose del comerciante individual que abre un establecimiento comercial, porque en ambos casos el *animus* de dedicarse al comercio en forma permanente es por sí suficiente para colocarlo en la condición de comerciante. Sería ingenuo suponer que se constituya una sociedad mercantil, para el ejercicio ocasional de unos cuantos actos de comercio.

Las distintas modalidades de las sociedades mercantiles, especialmente en cuanto a la responsabilidad limitada o ilimitada de los socios, plantean interesantes problemas con relación a la quiebra, que no pueden dejar de señalarse. Las sociedades mercantiles de naturaleza anónima tienen personalidad jurídica distinta de los socios que las componen, alcanzando la responsabi-

lidad patrimonial de los socios al capital aportado. Esta limitación explica con toda claridad la razón por la cual la quiebra de la sociedad no determina la quiebra de los socios, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudieran contraer los administradores y directores, en los casos de calificarse la quiebra de culpable o fraudulenta. El problema se presenta en las sociedades colectivas o en comandita a consecuencia de la responsabilidad ilimitada de los socios que no se limita al capital aportado sino que se hace extensiva sobre todos los bienes de éstos. La quiebra de estas sociedades, produce también la quiebra de todos los socios, con excepción de los comanditarios, salvo que hayan permitido que su nombre figure en la razón social, consecuencia que aparentemente no tiene justificación si tenemos presente que las sociedades mercantiles, ya sean de naturaleza anónima, colectiva o en comandita, son personas jurídicas distintas de los socios que las componen y no se apreciaría en virtud de que fundamento funcione la quiebra de una persona individual por los actos de una persona jurídica distinta, tanto más que la quiebra de uno de los socios no determina la quiebra de la sociedad. Incidiendo en este punto de vista APODACA expresa (3) que "las disposiciones que establecen relaciones de fallibilidad entre la sociedad y los socios ilimitadamente responsables y aquellos que por alguna circunstancia puedan considerarse como tales (irregularidad de la sociedad), son en nuestro concepto, resabios de la vieja concepción personalista y subjetiva de la quiebra, la cual refería al individuo las responsabilidades y consecuencias jurídico-económicas de esta institución, sin admitir la posibilidad de quiebra de las sociedades, y en especial de la anónima, por considerar como una imposibilidad práctica para exigir responsabilidades, por la multiplicidad de sujetos y la indeterminación de la personalidad jurídica, o más bien, la ausencia de personalidad de tales entes jurídicos, ya que según la teoría personalista a que hemos hecho referencia, únicamente el hombre y sólo el hombre en particular, era capaz de ser sujeto de derechos y obligaciones".

A esto hay que añadir que la quiebra del socio colectivo o del socio gestor por el hecho de ser tales socios de una sociedad declarada en estado de quiebra, presenta otro problema en las legislaciones donde sólo es posible la quiebra de los comercian-

(3) Apodaca y Osuna, Fco, Los Presupuestos de la Quiebra.— México, 1945, pág. 236, párrafo 3.

tes y cabría preguntar entonces, si estos socios ilimitadamente responsables con todo su patrimonio tienen o no la calidad de comerciantes, pues de lo contrario no podrían ser declarados en quiebra.

Las opiniones en torno a estos problemas, se encuentran por supuesto muy divididas. Mientras para unos los socios colectivos y gestores tienen la calidad de comerciantes, para otros la quiebra de ellos funciona única y exclusivamente para hacer posible la realización de los bienes que por mandato de la ley deben integrar la masa de la quiebra, sin que pueda sostenerse que tienen la calidad de comerciantes, porque no negocian en nombre propio ni contratan respecto de sus bienes, sino de los que constituyen el patrimonio de la sociedad, porque son personas jurídicas distintas, y porque finalmente no tienen ninguna de las obligaciones propias de un comerciante. Estos razonamientos llevan a la conclusión que en las legislaciones que permiten la quiebra sólo de los comerciantes, es posible excepcionalmente declarar en ese estado a los socios ilimitadamente responsables, que estrictamente no son comerciantes.

Sin embargo resulta difícil admitir que la quiebra de la sociedad produzca automáticamente la quiebra de los socios que la componen, porque como dice PALLARES (4) "hay que tener en cuenta que la personalidad jurídica de la sociedad, es diversa de la personalidad jurídica de los socios, y por lo tanto no hay motivo para que una produzca necesariamente la otra; que el patrimonio de los socios es diverso e independiente del patrimonio de la sociedad, de lo que se sigue que la insolvencia de uno de ellos no significa la insolvencia del otro", por eso, añade más adelante que "sólo en el caso de que los socios sean requeridos para que paguen las deudas sociales y no lo hagan, la quiebra de la sociedad, produce la quiebra de ellos", solución que nos parece evidentemente acertada, porque impide la automática quiebra del socio que indudablemente podría evitarla, abandonando como responsable ilimitado, las deudas de la sociedad cuya quiebra se ha declarado (5).

(4) "Tratado de las Quiebras". México, 1937.— Porrúa Hnos. pág. 263, párrafo 3.

(5) La Corte Suprema de la República aplicando el Artº 23 de la Ley Nº 7566 ha estimado que la quiebra de una compañía colectiva comprende a todos los socios, sin que pueda oponerse que los socios hayan acordado su disolución. Causa Nº 1236/32 Procede de Lima, seguida por don Francisco Vacarri c/. Oscar Valle, sobre quiebra. Resolución Suprema de 14 de diciembre de 1932, inserta en la pág. 237 de los Anales Judiciales correspondientes al año Judicial 1932, Tomo XVIII, Imprenta Americana, Lima, 1936.

El segundo presupuesto de la quiebra ha sido tradicionalmente el denominado estado de insolvencia. Por insolvencia se ha entendido la situación de hecho en que se coloca una persona cuando su pasivo excede a su activo y por tal razón está impedido de satisfacer en forma regular sus obligaciones, porque "no tiene con que pagar". De consiguiente, la insolvencia es un hecho económico que no requiere estrictamente de ningún pronunciamiento previo, en cambio el estado de quiebra para tener existencia legal debe ser judicialmente declarado. Este concepto tradicional lo encontramos en nuestro Código Civil nítidamente enunciado al legislar sobre los bienes reservados, la partición de los bienes de la herencia y de sus deudas, el fraude y las modalidades de los actos jurídicos, la novación y el contrato de sociedad. Sin embargo tratándose de la insolvencia como presupuesto de la quiebra, es indispensable un mayor análisis, desde que una persona no obstante no encontrarse en el estado de insolvencia propiamente dicho, puede ser declarada en quiebra y contrariamente una persona insolvente no siempre es posible colocársele en tal situación. Y es que muchas veces resultaría difícil establecer con anticipación a la declaración de quiebra el estado de insolvencia del presunto fallido, por eso las leyes sobre la materia han llegado al concepto de insolvencia provisional o presunta a diferencia de la insolvencia definitiva o auténtica, siendo necesario para que proceda la declaración, la comprobación objetiva de la simple insolvencia provisional expresada en el incumplimiento de obligaciones regularmente asumidas o en cualquiera de los hechos de quiebra enumerados taxativamente en el texto y apreciados según el prudente arbitrio del Juez, en tanto que la insolvencia definitiva sólo es visible cuando realizado el inventario de los bienes del quebrado, se comprueba que con el activo es imposible cubrir el pasivo. La escuela italiana reiterando estos mismos conceptos distingue la "insolvencia" de la "insolvabilidad". La primera es la imposibilidad objetiva de pagar, sin entrar a considerar la razón por la cual no se paga, la segunda exige que no se pague porque no se puede pagar, o sea la imposibilidad de cumplir regularmente con obligaciones preexistentes, porque no se cuenta con los medios de pago suficientes, aunque se quiera, ni aún recurriendo a la realización de los bienes de la masa activa, o como dice PROVINCIALI (6) "la insolvabilidad se refiere propiamente a un estado

(6) Op. cit. pág. 251, párrafo 3.

objetivo del patrimonio considerado en su capacidad activa de poder cumplir, e implica un proceso de valoración del patrimonio, que constituye también interpretación del hecho objetivo de la insolvencia, esto es, el hecho de que no se paga", apuntando más adelante que "la insolvencia puede ser voluntaria (por negligencia, resistencia o deliberada refutación) o independiente de la voluntad del deudor: la insolvabilidad es del todo independiente del querer del deudor".

La insolvencia provisional y la insolvencia definitiva o auténtica, como presupuestos de la quiebra se expresan generalmente a través de la cesación de pagos. Ya hemos indicado que la insolvencia en sus dos formas encierra un concepto esencialmente económico. Esta manifestación se resuelve en un estado jurídico: la declaración de quiebra que no es otra cosa que la valorización legal, hecha por el Juez, de la insolvencia, mediante la simple cesación de pagos o de cualquiera de los hechos de quiebra, como ocurre, para referirnos solamente a la ley peruana, cuando el deudor comerciante sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, o cuando el deudor no comerciante tiene dos ejecuciones pendientes y se presenta un tercer acreedor que comente su crédito con instrumento ejecutivo, o acredita haber obtenido a su favor embargo preventivo, o en caso de notaria oculta o fuga del deudor, dejando cerradas sus oficinas o almacenes sin haber nombrado persona que administre sus bienes, o si requerido el deudor a fin de que designe bienes libres para el embargo no lo hace dentro de tercero día, o si a juicio del Juez no son bastantes los bienes embargados, para el pago, o finalmente cuando el deudor haya celebrado con los acreedores convenio extrajudicial y éste se declara nulo o rescindido, sin perjuicio del derecho de los acreedores por obligaciones no comprendidas en el convenio, a lo que hay que añadir la expresa petición formulada por el deudor comerciante.

La cesación de pagos implica un juicio de valor que debe realizar forzosamente el Juez, para llegar a la convicción de que el deudor se encuentra en estado de insolvencia aparente o provisional. La expresión "cuando el deudor comerciante sobresee en el pago corriente de sus obligaciones" que consigna la ley peruana, o la que utiliza la ley mexicana "el comerciante que cese en el pago de sus obligaciones" podrá ser declarado en quiebra, sin precisar exactamente esas obligaciones, están dejando evidentemente al criterio del Juzgador la resolución de la petición

de quiebra, después de haber llegado al convencimiento de que el deudor comerciante está en la imposibilidad de cumplir con el pago corriente de sus obligaciones. "Desde el momento que la cesación de pagos", —dice APODACA— (7), se considera como un concepto técnico jurídico que el órgano judicial tiene que elaborar, que presumir, que apreciar en cada caso de quiebra, lógicamente tiene que ser una noción indefinible".

Se advierte entonces que la cesación de pagos no equivale ni se identifica con la insolvencia, es una simple expresión de ésta, que sirve de punto de partida al Juzgado para presumir que el comerciante se encuentra en ese estado y que por lo tanto procede su declaración de quiebra, o sea la transformación de esa situación patrimonial de hecho en un estado jurídico que técnicamente se denomina quiebra.

Los hechos de quiebra o sea aquellas manifestaciones expresas o tácitas del deudor que revelan su insolvencia, requieren una referencia especial, porque son otros tantos elementos que frecuentemente se utilizan tanto por el acreedor que solicita la declaración de quiebra, como por el Juez que debe formular esa declaración.

La ley peruana dispone que el deudor comerciante deberá solicitar su declaración de quiebra antes de que transcurran quince días desde la fecha en que haya cesado en el pago de una obligación mercantil, debiendo presentar al formular su petición, un inventario o relación detallada de todos sus bienes con expresión del lugar donde se encuentran, de su valor estimativo y de los gravámenes que los afecten; una relación de los juicios que tuviere pendientes; un estado de sus deudas, con indicación del nombre y domicilio de los acreedores y de la naturaleza de los respectivos títulos; una memoria explicativa de las causas directas o inmediatas del mal estado de sus negocios, debiendo en ella dar cuenta de la inversión del producto de las demás contraídas así como de los bienes adquiridos en el último año, añadiendo que si el deudor es comerciante presentará además su último balance y la cuenta de ganancias y pérdidas, poniendo a disposición del Juez sus libros y papeles.

Esta declaración formal, directa, documentada y expresa, constituye obviamente una manifestación del estado de insol-

(7) Op. cit. pág. 262, párrafo 2

vencia tan indubitable, que el Juez después de apreciar los recaudos acompañados no tiene otra alternativa que declarar el estado de quiebra del comerciante, como consecuencia de su estado de insolvencia fehacientemente acreditado por el propio deudor, que reconoce su impotencia económica y por ende la imposibilidad en que se encuentra de cumplir con sus obligaciones vencidas y por vencerse, por eso, el deudor que se halla en esta situación y no cumple con solicitar su declaración de quiebra en el término legal, es reputado quebrado culpable y sujeto a las sanciones correspondientes.

Esta manifestación de insolvencia expresa también ocurre tratándose de un convenio extrajudicial celebrado entre el deudor y sus acreedores, porque para llegar a este convenio ha sido necesario que previamente el deudor convoque a sus acreedores, les haga ver la imposibilidad en que se encuentra, de cubrir sus obligaciones, y atendidas las razones expuestas se formaliza el convenio con la totalidad de los acreedores, arreglo que no impide que uno o más acreedores impugnen posteriormente el convenio, quedando éste sin valor ni efecto alguno, y expedito el camino para la declaración de quiebra. En nuestra ley no existe ninguna duda sobre la procedencia de la declaración en este caso. Expresa disposición contempla esa hipótesis, y es natural que así sea, por cuanto la insolvencia ha quedado de manifiesto en forma directa y voluntaria por el propio deudor, de donde se colige que el Juez al adquirir en esta forma la convicción de que el deudor se encuentra imposibilitado de atender al pago corriente de sus obligaciones, está facultado para declararlo en estado de quiebra.

En otras legislaciones, la simple solicitud del deudor a sus acreedores, invitándolos a llegar a un arreglo extrajudicial, puede interpretarse en determinados casos, como una declaración expresa de insolvencia capaz de determinar la declaración del estado de quiebra a solicitud de cualquiera de los acreedores, apreciación que en todo caso está librada al criterio del Juez, el que previo estudio del contenido de la invitación podrá resolver lo conveniente, ya que si de dicha circular aparece nítidamente establecida la insolvencia del deudor, hay lugar a la declaración de quiebra. Este sistema no deja de tener serios inconvenientes, porque una invitación de esta naturaleza no siempre trasunta un estado de insolvencia y puede significar en muchos casos, el afán explicable del deudor, de cancelar sus obligaciones

con los acreedores más impacientes o intolerantes, cuya precipitación puede llevarlo al estado de quiebra, no obstante que cuenta con bienes suficientes para responder no sólo de esos créditos, sino de todos los contraídos legítimamente con los demás acreedores, y por consiguiente no se justifica dejar al criterio del Juez resolver sobre la procedencia de la declaración de quiebra tomando como base la interpretación de una circular o nota que inclusive, puede estar deficientemente redactada y dar la impresión de un inexistente estado de insolvencia.

Aparte de estos hechos de quiebra que constituyen manifestaciones expresas del estado de insolvencia, emanadas del propio deudor, éste mismo puede hacer presumir mediante otros hechos, que está imposibilitado de cumplir con sus obligaciones y que se hace necesaria su declaración de quiebra en defensa de los intereses de sus acreedores, mediante el concepto de la insolvencia provisional o presunta, que se hace definitiva cuando durante el juicio respectivo se llega a establecer que efectivamente el pasivo del fallido excede a su activo. Puede no obstante comprobarse lo contrario, sin que esa comprobación impida la prosecución del procedimiento, como sucedería en el caso de notoria ocultación o fuga del deudor, dejando cerradas sus oficinas o almacenes, sin haber dejado persona que administre sus bienes y de cumplimiento a sus obligaciones. La fuga del deudor siempre justificó la declaración del estado de quiebra, porque ella era la demostración evidente del estado de insolvencia del fugitivo, que pretendía en esta forma sustraerse de las responsabilidades de orden civil y penal en que se colocaba al fallido, y tan es así que primitivamente al quebrado se le denominaba *fugitibus*, por ser el procedimiento que corrientemente utilizaban los quebrados, que preferían fugar u ocultarse a soportar las consecuencias inherentes al estado de quiebra.

Actualmente la fuga u ocultación debe ser notoria, para constituir un hecho de quiebra, porque si la ocultación y el alejamiento no está vinculado con la insolvencia, como sucedería si el deudor deja a persona responsable frente a sus negocios, no puede hablarse legalmente de fuga, como tampoco la habría en caso de detención u ocultamiento para evitarla. De tal suerte que si la ocultación o la fuga notoriamente no tienen por fin burlar a los acreedores, no constituyen hechos susceptibles de provocar la declaración de quiebra. Es por eso necesario investigar

previamente la denuncia y las circunstancias que rodean tales hechos para llegar a una conclusión adecuada. Estos hechos de quiebra tan frecuentes en la antigüedad, han perdido paulatinamente importancia, a tal extremo que en muchas legislaciones han sido eliminados.

El incumplimiento es otra de las manifestaciones de la insolvencia, que en la ley peruana ocurre cuando el deudor tiene dos ejecuciones pendientes y se presenta un tercer acreedor que comprueba su crédito con instrumento ejecutivo o acredite haber obtenido a su favor embargo preventivo, o si requerido el deudor a fin de que señale bienes libres para embargo, no lo hace dentro del término de ley, o si a juicio del Juez no son bastantes los bienes embargados para el pago (8). La existencia de dos ejecuciones está indicando el incumplimiento en el pago de obligaciones, que hace presumir el estado de insolvencia, aún cuando esta insolvencia sea la denomina provisional o aparente. Cuando surge un tercer acreedor que comprueba su crédito con instrumento ejecutivo que también se encuentra impago o acredita haber obtenido embargo preventivo a su favor, se confirma la renuencia del deudor en el incumplimiento de sus obligaciones, y se hace necesaria su declaración de quiebra, porque estos sucesivos incumplimientos demuestran una imposibilidad que el órgano judicial debe superar, realizando los bienes del deudor para distribuir su producto en la forma legal correspondiente, entre todos los acreedores o entre aquellos que por ser tenedores de créditos determinados, deben ser pagados preferentemente a los demás.

El incumplimiento en que incurre el deudor que es requerido para que dentro de tercero día señale bienes libres para embargo, o si los embargados no son suficientes a juicio del Juez para el pago de la deuda, nos lleva al problema de la pluralidad de acreedores, como presupuesto de la quiebra, es decir, si para la declaración de quiebra es requisito indispensable la existencia de varios acreedores, o si es suficiente la presencia de un solo acreedor. En nuestra legislación no existe problema ningun-

(8) Para la ley peruana este es un hecho de quiebra aplicable a cualquier clase de deudor, sea o no comerciante. Así lo confirma la Resolución de 5 de enero de 1937 expedida por la Corte Suprema de la República en la causa N° 795/36 seguida por don P. y J. Bidegaray c/. César Garaycochea, sobre cantidad de soles, procedente de Lima, inserta en los Anales Judiciales correspondientes al año 1936. Tomo XXXII, pág. 222. Imprenta Americana, Lima, 1938.

no. El Artículo 9º de la Ley N° 7566 dispone con toda precisión que el deudor podrá ser declarado en quiebra aunque tenga un solo acreedor, siempre que concurren los demás elementos legales. "En apariencia, esta disposición no tiene objeto para el acreedor, desde el momento que podría seguir juicio ejecutivo contra el deudor, pero la verdad es que puede convenirle pedir la quiebra para solicitar las nulidades que indican los artículos 71 y siguientes, con el objeto de reintegrar muchos bienes al patrimonio de éste, que sin ella sólo podría ejercitar la acción pauliana", ha dicho con certeza DURÁN BERNALES (9) comentando el artículo 34 de la Ley de Quiebras de Chile, de igual tenor al dispositivo de la ley peruana, porque efectivamente, podría suceder que una persona obtenga un crédito cuantioso o adquiera mercaderías por elevado monto, haciendo posterior uso indebido y francamente fraudulento de ellos, en perjuicio de quien confió en su solvencia económica, viéndose de pronto defraudado, por cuanto para recuperar lo así perdido tendría que hacer uso de una prolongada y no siempre exitosa acción revocatoria, mientras que si escoge el camino de la quiebra de su deudor le será mucho más fácil conseguir su propósito en virtud de las acciones derivadas de la retroacción de la quiebra. Por eso juzgamos que la declaración de quiebra existiendo un solo acreedor es completamente justificada, y que por consiguiente la pluralidad de acreedores no debe constituir un presupuesto necesario del juicio de quiebra.

Los juristas de la escuela italiana estiman lo contrario. Para ellos la pluralidad de acreedores debe ser un presupuesto necesario de la quiebra, que debe probarse por el solicitante, porque siendo el juicio de quiebra un procedimiento de ejecución colectiva resulta antitético la existencia de un solo acreedor, y que en todo caso, la insolvencia maliciosa que el juicio de quiebra corrige con la retracción, quedaría igualmente sancionado con la acción pauliana.

Consideramos que tales razonamientos no son justificados. La persona que ha dejado de cumplir la única obligación que ha contraído, porque la marcha de sus negocios no le permite efectuar el pago, se encuentra colocado exactamente en la misma situación del que no puede pagar varias deudas por la mis-

(9) Durán Bernal, Alberto. "Explicación y Jurisprudencia de la Ley de Quiebras de Chile".— Santiago, 1935. Ed. Talleres Gráficos Gutenberg, Tomo II, pág. 167.

ma circunstancia. Su insolvencia resulta manifiesta y no hay ninguna razón lógica para exonerarlo de la consecuencia inmediata de dicha insolvencia, exponiendo al acreedor a seguir largos procesos revocatorios para obtener la satisfacción de su deuda, mientras su deudor ha logrado escapar a todas las limitaciones y sanciones que le impone el estado de quiebra. Además el simple temor a la quiebra se convierte en freno del deudor de mala fé que antes ese peligro inminente no se atreverá con tanta frecuencia a utilizar procedimientos fraudulentos en perjuicio de su acreedor; y por lo demás, en cuanto a la aparente contradicción entre el juicio de quiebra y la existencia de un solo acreedor, ya hemos desarrollado anteriormente, cual es a nuestro entender la naturaleza jurídica de este proceso, destacando que no puede asimilarse a ninguno de los procesos típicos del proceso civil, por ser un juicio especial con características que lo singularizan.

CAPITULO CUARTO

Los órganos de la quiebra.— El Juez; sus clases: el Juez unipersonal y los jueces colegiados, el Juez delegado.— El Comisario de la quiebra.— El Síndico o Curador.— Las juntas de acreedores: las juntas ordinarias y las extraordinarias.— La Comisión de acreedores.— Los funcionarios eventuales de la quiebra: tasadores, depositarios, interventores, etc.

El juicio de quiebra, para cumplir su finalidad de realizar en un solo procedimiento los bienes del quebrado, con el objeto de proveer al pago de sus deudas, requiere de la existencia de ciertos órganos especiales, como son el Juez, el Síndico o Curador y la Junta de Acreedores, cuya intervención es evidentemente necesaria, teniendo en cuenta el carácter de este proceso, que por su naturaleza especial, exige la intervención de órganos igualmente privativos, que permitan su normal desenvolvimiento, ya sea resolviendo las cuestiones que pudieran derivarse a consecuencia de la quiebra, administrando y disponiendo de los bienes del fallido, o simplemente vigilando las operaciones que se van realizando en el curso del procedimiento.

El Juez es uno de los órganos más importantes de la quiebra. Es a él a quien corresponde establecer si el deudor es o no

comerciante, y ordenar como primeras medidas, la incautación por el Síndico, de todos los bienes, libros y papeles del deudor, la retención de su correspondencia, la acumulación al juicio de quiebra de todos los juicios que se sigan contra el fallido, y todas las medidas que son necesarias para dar la suficiente publicidad al nuevo estado del deudor, como son la publicación de avisos en los diarios, la anotación del auto de quiebra en el Registro Público y el requerimiento a todos los acreedores, para que dentro de un término, presenten los títulos justificativos de sus créditos.

El Juez, como órgano de la quiebra, tiene a su cargo funciones diversas, de carácter administrativo o judicial, resolviendo, no sólo las controversias que surgen dentro del procedimiento mismo, sino todas aquéllas que en virtud de los principios de unidad y universalidad deben acumularse o iniciarse ante su Despacho. Controla además a los otros órganos de la quiebra. Entre las principales funciones, esencialmente jurisdiccionales, que advertimos en este juicio, podemos señalar, la declaración de quiebra, como resultado de la apreciación valorativa de los elementos que se le han presentado por uno o más acreedores o por el presunto fallido. Como en el primero de los casos el deudor puede oponerse a la declaración o pedir su reposición en cuanto a la calidad que se le atribuye, corresponde al Juez, en uso de sus facultades jurisdiccionales, tramitar esta oposición y resolverla en la forma legal correspondiente. Así mismo, la fijación de la fecha de la cesación de pagos y la resolución del incidente que puede iniciarse con motivo de la petición del Síndico sobre el particular, y la declaración del derecho de retención que pueda corresponder a uno o más acreedores, son resoluciones de carácter jurisdiccional. En la etapa del reconocimiento de créditos el Juez debe resolver sobre los créditos objetados, y, respecto de la graduación de créditos, corresponde también al Juez tramitar y resolver los incidentes que se promuevan, a consecuencia de las impugnaciones formuladas. La reclamación de identidades y la asignación de alimentos al quebrado, así como las resoluciones relativas al sobreseimiento temporal o definitivo, son esencialmente jurisdiccionales. Del mismo carácter son la calificación de la quiebra y la resolución que resuelve la oposición al convenio judicial o extrajudicialmente concertado, y por supuesto, la sentencia —que es la función jurisdiccional por excelencia— dictada no sólo en el cuaderno principal, sino en to-

das las acciones derivadas del juicio de quiebra, como son las de desahucio, de nulidad, revocatorias, subrogatorias, reivindicatorias o de simulación, que por ministerio de la ley deben ventilarse ante el Juez de la quiebra, por afectar los bienes del quebrado, de donde se sigue que las acciones que no afectan a los bienes u obligaciones del quebrado no son estrictamente de competencia del Juez de la quiebra. En algunas legislaciones, como la italiana, consecuentes con este principio de acumulación, llegan al extremo de acumular al juicio de quiebra aún los procesos laborales, indicando PROVINCIALI en vía de justificación que (1), "esto tiene su fundamento no tanto en la finalidad de reunir delante del mismo Juez todo el complejo de la litis y procedimientos que tienen su causa (no ocasional) en la quiebra y que, desparramados delante de distintos jueces, podría dar lugar a los más graves inconvenientes, (a contradicciones, pérdida de tiempo y de gastos etc.), como en la misma existencia del proceso de quiebra, que dado su fin de liquidación universal del patrimonio del deudor, naturalmente hace que vengan al Juez que en él está investido, todas las controversias que afecten a la liquidación misma". Empero, tal explicación no satisface, porque hay controversias, como las laborales, las de carácter penal y, en general, aquéllas cuyo conocimiento, por su naturaleza misma, son de competencia de otros órganos jurisdiccionales, y por ende, sería procesalmente inadmisibles que funcionara respecto de ellas, en forma ilimitada, la "*vis atractiva*" que domina el proceso de la quiebra.

Entre las principales funciones de carácter predominantemente administrativo que corresponden al Juez de la quiebra, podemos anotar las disposiciones relativas a la conservación de los bienes de la masa y para que se proceda al inventario y al balance general, la convocatoria a juntas de acreedores, la remoción de los Síndicos, la aprobación del convenio y las autorizaciones a éstos para incurrir en gastos extraordinarios.

No existe, sin embargo, uniformidad de criterios legislativos sobre este importantísimo órgano de la quiebra, en cuanto a su composición, pues, mientras en algunos ordenamientos, el Juez de la quiebra es unipersonal, como sucede por ejemplo en las leyes de quiebra de Chile, Perú y México, en otros textos le-

(1) Op. cit. pág. 511, párrafo 4.

gales está integrado por un Tribunal colegiado que transfiere determinadas funciones al denominado Juez Delegado, tal como establece la ley italiana. Es interesante destacar que en España, el Juez de la quiebra, unipersonal, delega algunas importantes funciones en el llamado "Comisario de la Quiebra", como son la preparación de las juntas de acreedores, en las que ejerce la presidencia al constituirse; las referentes a la ocupación de los bienes, libros y papeles del quebrado; la autorización de ventas urgentes o gastos indispensables; así como las vinculadas a la custodia y conservación de los bienes, estando obligado a ejercer también funciones por derecho propio, vale decir, inherentes al comisariato, como los informes al Juez sobre las cuentas, sobre los proyectos de transacción, sobre la calificación de la quiebra y sobre el estado de la administración de la misma; para lo cual está facultado a examinar los libros, documentos y papeles relativos al giro del fallido, pudiendo inclusive inspeccionar todas las actividades del depositario y del Síndico, provocando las medidas necesarias para la liquidación y calificación de los créditos.

La ley italiana, en cambio, integra el Juez de la quiebra con un tribunal pluripersonal, que como se ha dicho, es el órgano máximo y director de todo el proceso de la quiebra, con funciones propias y exclusivas vigila y controla a los demás órganos de la quiebra, estando concretadas sus funciones al ejercicio de todos los actos procesales que permiten el normal desenvolvimiento del proceso, sin más limitación que el justificado derecho de los acreedores, cuyo interés debe cautelar, resolviendo incluso las controversias que puedan derivarse del procedimiento y que escapen a las atribuciones del Juez Delegado, extendiéndose hasta tal punto su autoridad, que está facultado para subrogar a éste, y resolver las reclamaciones derivadas de las resoluciones del Juez Delegado.

El Juez Delegado tiene, a su vez, funciones de carácter amplio. Tramita las oposiciones e impugnaciones que se presenten y resuelve los procesos sumarios incoados; dicta disposiciones respecto a la custodia y conservación de los bienes; convoca a la comisión de acreedores en los casos prescritos por la ley y, cuando lo considera conveniente, autoriza al Curador a nombrar personas cuya actuación fuere necesaria al interés de la quiebra; resuelve en el término más breve posible los reclamos propuestos contra los actos del curador y autoriza a éste para inter-

venir en juicio como actor o como demandado, nombrando los abogados y procuradores que deben intervenir, con la particularidad que esta autorización deberá ser dada para cada instancia, de manera que si el Juez Delegado estima que es conveniente a los intereses de la quiebra no interponer recurso de apelación contra una resolución, bastará con que no autorice la interposición de dicho recurso, para que el Curador se encuentre privado de continuar el proceso.

Este sistema lo encontramos notoriamente inconveniente; las atribuciones del Juez de la Quiebra están distribuidas entre el Tribunal colegiado y el Juez Delegado y el Curador, que representa los intereses del quebrado y de los acreedores, no tiene la amplia libertad de acción que el cargo requiere, como se aprecia de la autorización que la ley le exige recabar del Juez Delegado para interponer recursos impugnatorios, a todo lo que hay que añadir que el Juez Delegado participa en el colegio en las causas de quiebra, colocándose en la incómoda situación de revisar lo que ha fallado en vía de conocimiento originario. Igual comentario habría que hacer respecto de las negociaciones en que interviene para conseguir la transacción de procesos, las que fracasadas, por cualquier motivo, tiene que resolver como Juez; y lo que es más grave, autoriza al Curador a formular recursos de apelación de las sentencias que él mismo, como Juez, ha dictado.

Es indudable que el sistema del Juez unipersonal es el que más conviene a la institución de la quiebra, porque la unipersonalidad impide todas las incongruencias que se dejan señaladas y facilita la pronta terminación del juicio, una de cuyas características es, precisamente, su brevedad; propósitos que no se alcanzan, con las impugnaciones que se formulan de las resoluciones del Juez Delegado, para ser resueltas por el Tribunal Colegiado, con la circunstancia que dichos recursos raramente prosperarán, si se tiene en cuenta que el Juez Delegado participa en el Colegio, y ejercerá, generalmente, una influencia decisiva ante los demás miembros que completan el Tribunal.

Empero, para que el Juez unipersonal pueda efectivamente controlar, en forma efectiva, el proceso de la quiebra, será necesario que haya tantos jueces de quiebra como lo requieran las circunstancias, desde que sería ilusorio que un solo Juez conociera de todos los procesos de quiebra que se inicien en una determinada jurisdicción, además de procesos de otra índole,

cuando el volumen de ellos resulta excesivo para un solo magistrado, tornándose entonces imposible el cumplimiento de las complejas funciones que le corresponde realizar.

El Síndico.— Otro de los órganos necesarios de la quiebra, es el Síndico o Curador, cuya existencia se explica en virtud de la incapacidad que, para comparecer en juicio como demandante o demandado y para administrar y enajenar sus bienes, tiene el deudor después de haber sido declarado en estado de quiebra.

En el juicio ejecutivo individual no existe este problema, porque determinados bienes del deudor, y nada más que ellos, son objeto de la ejecución, para ser enajenados en pública subasta y pagar, con el producto así obtenido, el crédito del ejecutante. No es indispensable ni necesaria la intervención de un órgano especial, revestido de las atribuciones propias de un Síndico, para la realización del o de los bienes sobre los cuales se hace efectiva la sentencia ejecutiva.

En cambio, en el juicio de quiebra, que por su carácter universal comprende todo el patrimonio del fallido, cuya administración y libre disposición pierde mientras dura el estado de quiebra, hace necesaria la existencia de un órgano revestido de facultades de administración y disposición suficientes, para conseguir, en forma eficiente, el objetivo de todo proceso de quiebra, que no puede ser otro que la satisfacción de todos los créditos a cargo del fallido. Como dice SARTA (2) "destinar un patrimonio a la satisfacción de los acreedores, significa e implica querer y obtener de él los medios para tal satisfacción; pero esto no puede ser sino a través de toda una actividad de carácter negocial, dirigida a la liquidación de las relaciones, y, en cuanto sea necesaria, también a la constitución de nuevas relaciones. Es idealmente, la misma actividad que el deudor podría y debería desarrollar si voluntariamente decidiese proceder a apaciguar con su patrimonio a sus acreedores. Puesto que el deudor ya no puede disponer ni administrar sus bienes, es preciso un órgano que lo sustituya", que es precisamente lo que se consigue mediante este órgano de la quiebra denominado Síndico o Curador.

(2) Op. cit. pág. 125, párrafo 3.

En el mismo sentido se pronuncia PROVINCIALI (3), comentando la ley italiana, al expresar que el Curador "es un órgano propio de la ejecución de la quiebra y corresponde a las especiales características de la misma. Tiene a la vez funciones auxiliares del Juez (por ejemplo, como informador y relator sobre emergencias de hecho), de administrador, de depositario y de custodio; desapoderado el quebrado del entero patrimonio por efecto de la sentencia declarativa, se hacía indispensable que otro sujeto ocupase su sitio, lo que no podía ser, por evidente y por naturales incompatibilidades, por parte del mismo órgano judicial, investido de la ejecución y de sus normales auxiliares. Se ha recurrido así al órgano de la Curatela que, en la mecánica del procedimiento de quiebra, bien puede definirse como el órgano ejecutivo; no de voluntad, como se ha dicho, porque el querer en el procedimiento corresponde al Juez Delegado, ya que tiene la dirección del procedimiento".

Este órgano de la quiebra, con distintas denominaciones, existe en todos los textos legales, habiendo llegado a tener tal intervención en el proceso que, con razón, JOAQUÍN RODRÍGUEZ, comentando la ley de quiebras y suspensión de pagos de México ha expresado acertadamente que (4) si teóricamente el Juez es la primera figura del procedimiento de quiebra, en la práctica ha de llegar a serlo el Síndico. Entre nosotros, el Síndico ha llegado también a contar con increíbles facultades: por eso el Profesor SÁNCHEZPALACIOS, comentarista de la ley peruana, sostiene una gran verdad (5) al expresar que "el papel del Juez es secundario. Declara la quiebra y señala el orden de pagos, fuera de otras decisiones de menor importancia. De manera que el Síndico no es el auxiliar del Juez sino el que, dentro del procedimiento, lo hace casi todo y sin control efectivo de nadie". Y, efectivamente, una simple revisión de las disposiciones de nuestra ley procesal de quiebras, justifican el comentario. En nuestro ordenamiento legal, el Síndico es definido como un organismo auxiliar de los tribunales de justicia, con el objeto de administrar y realizar los bienes de las personas que caigan en estado de quiebra; liquidar y pagar sus deudas, y desempeñar las demás funciones que le encomienda la ley, siendo civil y crimi-

(3) Op. cit. pág. 71, párrafo 2

(4) Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, Concordancias.— Ed. Porrúa, México, 1943, pág. 42, párrafo 2.

(5) Op. cit. pág. 71, párrafo 2.

nalmente responsable de los daños que cause a los interesados por negligencia o malos manejos, correspondiéndole actuar en resguardo de los intereses de la masa o del fallido, en juicio o fuera de él, con plena representación del quebrado y de sus acreedores, de tal suerte que representa los intereses de los acreedores en lo concerniente a la quiebra y también los intereses del fallido en cuanto puedan interesar a la masa, sin perjuicio, naturalmente, de las facultades de los acreedores y del propio quebrado, en los casos expresamente determinados por la ley, teniendo, de consiguiente, múltiples atribuciones, tales como la publicación de la declaración de quiebra, la obligación de exigir al fallido que le suministre los conocimientos que conceptúe necesarios para el mejor desempeño de su cargo y le entregue sus libros, papeles y documentos, pudiendo inclusive cerrar los libros del quebrado y abrir la correspondencia de éste, si fuere comerciante, reteniendo las cartas y documentos que tengan relación con los negocios de la quiebra; provoca la calificación de la quiebra, y propone la fecha de la cesación de pagos; y, en cuanto a los bienes del quebrado, debe recibirlos bajo inventario, estando facultado, no sólo para administrarlos, sino para continuar al giro del fallido, con conocimiento de éste, así como para cobrar los créditos del activo de la quiebra, celebrando inclusive transacción, con la limitación de que ésta no exceda de cinco mil soles oro y contratar préstamos para subvenir a los gastos de la quiebra, hasta por un total de tres mil soles oro, extendiéndose sus facultades en este orden a poder provocar la división y partición de las herencias, sociedades o comunidades en que tenga parte el fallido, y representarlo en el nombramiento de árbitros y liquidadores, así como en los juicios de liquidación y partición; sin embargo, no podrá, sin autorización del Juez que conoce de la quiebra, provocar la división y partición de bienes raíces o hereditarios que el quebrado posea en común y pro-indiviso, a menos que esa división se hubiera demandado por otro heredero o comunero.

Como consecuencia de la sustitución que se opera en virtud de la declaración de quiebra, o por mejor decir, de la representación plena que corresponde al Síndico, éste puede, además, exigir revisión de cuentas de cualquiera que haya administrado bienes del fallido, e impugnar los créditos que se reclaman de la quiebra, conservando en depósito, llegado el caso, los fondos

que perciba, en cuenta especial para cada quiebra, a fin de evitar las dificultades que pudieran presentarse si se involucraran en una sola cuenta todos estos fondos, estando facultado para ejercer funciones de depositario o interventor, en determinados casos.

Los Síndicos, en el ejercicio de sus funciones de administración del patrimonio del quebrado, pueden continuar provisionalmente el giro del quebrado, siendo de advertir que en tal hipótesis, su intervención debe concretarse únicamente a facilitar la realización y a preparar la liquidación, y en ningún caso podrá emprender especulaciones, ni ejecutar operaciones que importen la continuación efectiva del giro del fallido, ya que para tal evento será necesario que recabe la previa autorización de la unanimidad de los acreedores, con cuyo fin determinarán éstos, los objetos a que se extiende la autorización, su duración y las demás condiciones de dicho giro, pero, como bien podría suceder que convocada la junta con ese objeto no se obtenga la unanimidad exigida, bastará entonces que se acuerde pagar a los disidentes la cuota que les corresponde, atendido el importe del activo de la quiebra o asegurándoles su pago.

Corolario inevitable de estas amplísimas facultades, es que el Síndico está obligado a rendir cuentas mensuales de su administración, sin perjuicio de la cuenta general que deberá presentar cuando, repartidos todos los fondos, no queden más bienes que realizar, estando igualmente sujeto a remoción por causas graves, lo que determina su inhabilitación perpetua para el ejercicio del cargo, pero si se ha concertado con el fallido o con cualquier acreedor o tercero para proporcionar alguna ventaja indebida, es sometido a juicio criminal por el delito de defraudación.

Para el desempeño del cargo, el Síndico está expresamente autorizado a contratar los servicios profesionales de abogados, contadores y empleados que fuesen necesarios, correspondiendo al Juez de la quiebra fijar los honorarios y sueldos respectivos, con citación de los acreedores.

Se ha discutido mucho la naturaleza jurídica de este órgano de la quiebra, sin haberse llegado a una solución definitiva, lo que es perfectamente explicable, porque los sostenedores de las tesis contradictorias han invocado sus argumentos sobre la base de concretos y distintos ordenamientos jurídicos. Para los sostenedores de la teoría de la representación, el Síndico es

un simple mandatario que representa tanto a los acreedores como al deudor y al patrimonio que forma la masa activa, o conjunto de bienes a los que se atribuye, equivocadamente, en nuestro concepto, personalidad jurídica. Estos puntos de vista han sido combatidos por quienes consideran que el Síndico no es un representante, sino un simple órgano de la quiebra, con atribuciones que le son propias, encargado de la administración y disposición de los bienes, en orden a la satisfacción de los créditos presentados contra el fallido: es la teoría de la función, porque se dice que, en último término, el Síndico es un funcionario que, en ejercicio de sus actividades, se desenvuelve sin las limitaciones propias de un mandantario y que, en determinados casos, tiene que adoptar resoluciones que no benefician precisamente a ninguno de sus presuntos mandatarios, como serían los casos de impugnación de créditos, la publicación de la declaración de quiebra, la provocación de la calificación de la quiebra, y tantos otros casos que impiden, técnicamente, considerar al Síndico, como un representante o mandatario.

En realidad, el Síndico, como apunta RODRÍGUEZ (6), "es la persona encargada de los bienes de la quiebra, de asegurarlos y administrarlos y, si no hubiera convenio, de proceder a su liquidación y a la distribución de lo que por ellos se hubiere obtenido, entre los acreedores reconocidos". El Síndico no es, propiamente, un representante de los acreedores, del deudor, ni de la masa de la quiebra, sino un funcionario que se sustituye, por ministerio de la ley, al ejercicio de derechos que, en circunstancias normales, corresponderían, individualmente, tanto al deudor como a sus acreedores, no por mandato de ellos, sino por voluntad de la ley; por eso ha dicho BRUNETTI que (7): "mediante la sindicatura concursal se opera una sustitución en la forma del ejercicio de derechos patrimoniales; el Síndico actúa en el lugar del sujeto, no por cuenta del sujeto; el negocio no es representativo sino sustitutivo, produciendo efectos incluso contra y en perjuicio del titular del patrimonio", agregando, que los actos realizados por el Síndico producen efectos a favor o en contra del quebrado, que está obligado, en esta forma, a administrarlos cuando entren en la esfera patrimonial del quebrado y,

(6) Rodríguez y Rodríguez Joaquín, "Curso de Derecho Mercantil" México, 1952. Tomo II, pág. 313, párrafo 3.

(7) Op. cit. pág. 131, párrafo 1.

puesto que el Síndico no es un sucesor del quebrado, sino un gestor particular, concluida la gestión, debe rendir cuentas, y entregar al quebrado, todos los documentos y bienes de los que se encontrare en posesión a mérito de su cargo.

La Junta de Acreedores.— Hemos dicho anteriormente, que el juicio universal de quiebra tiene por objeto realizar, en un solo procedimiento, los bienes de una persona natural o jurídica a fin de proveer al pago de sus deudas; por consiguiente, uno de los presupuestos necesarios del estado de quiebra es la existencia de uno o más acreedores, cuya intervención en el proceso resulta ampliamente justificada, porque, en último término, mediante aquél, se persigue la satisfacción de los créditos de los que son titulares.

La junta de acreedores es, según GONZÁLES HUEBRA (8), “la reunión de todos los interesados en la quiebra, convocados legalmente, para tratar los asuntos concernientes a la misma”; con más precisión, RODRÍGUEZ (9) expresa que “la junta de acreedores es la reunión de acreedores del quebrado, legalmente convocados y reunidos, para expresar la voluntad colectiva en materias de su competencia”; para nosotros, y ateniéndonos a la ley peruana, la junta de acreedores es la reunión de los acreedores, que en número suficiente y representando un determinado monto del pasivo, ha sido convocada por el Juez, por los acreedores, por el Síndico, o por el fallido, a solicitud justificada, para contemplar o resolver cuestiones para las cuales están facultados por la ley.

Son distintas las facultades que los diversos ordenamientos legales confieren a la junta de acreedores. La legislación italiana las admite como un órgano meramente consultivo; en cambio, las leyes mexicana, chilena y peruana, como un órgano deliberativo-consultivo.

Encontramos más ajustado a los fines del procedimiento, que la junta de acreedores no sea un órgano ni exclusivamente consultivo, ni simplemente deliberativo, sino que tenga, además, facultades de resolución, puesto que ellos, mejor que ningún otro

(8) Citado por Provinciali, op. cit. pág. 571, párrafo 4.

(9) Op. cit. pág. 319, párrafo 2.

de los órganos de la quiebra, podrán, en un momento dado, encontrar la solución conveniente a determinadas situaciones, que sólo pueden ser apreciadas, subjetivamente, en función del interés incuestionable que, como titulares de los créditos por satisfacer, les corresponde.

Efectivamente, la disposición en virtud de la cual, sólo la unanimidad de acreedores puede autorizar al Síndico para continuar el giro del fallido, es claramente explicable, pues ellos, como directamente interesados en la recuperación de sus capitales, serían gravemente afectados con la gestión ruinosa del Síndico, en el caso de que, la continuación efectiva se hiciera en condiciones desfavorables, no obstante haberse advertido la imposibilidad de que el negocio continúe, y, por el contrario, podría presentarse la hipótesis de que, continuándose el giro del fallido, fuera posible satisfacer, en un término prudencial, los créditos reclamados, y no se proceda en esta forma por negligencia del Síndico, y precisamente por eso, una vez acordada la continuación, los acreedores tienen derecho a los beneficios de la gestión, hasta que sea pagado el monto de sus créditos, y, contrariamente, los resultados adversos serán de cuenta y riesgo de los acreedores, quedando el fallido exonerado de las deudas por el monto del activo inventariado.

El mismo comentario cabe hacer respecto de la autorización que debe recabar el Síndico, de los acreedores, para proceder a la venta de bienes muebles por precio inferior a la tasación, y aun sin ella, porque el resultado de tales operaciones tiene relación directa con el interés de los acreedores en orden a la satisfacción de sus créditos, y, son ellos, los llamados a pronunciarse sobre la propuesta, consintiendo u oponiéndose a ella, sin perjuicio de la ulterior autorización del Juez de la Quiebra.

Las juntas de acreedores son, ordinarias u obligatorias y, extraordinarias o voluntarias. Las primeras, porque impulsan el procedimiento, a tal extremo que sin ella no podrá pasarse de una etapa del juicio a otra. Las segundas, son de carácter subsidiario, por cuanto ellas pueden o no realizarse, sin que su omisión impida el normal desarrollo del proceso. En la legislación mexicana, son juntas de acreedores ordinarias las que se convocan para procederse al reconocimiento de créditos, nombramiento de interventores, aprobación del convenio y de las cuentas del Síndico; y extraordinarias las que se reúnen para resolver sobre la remoción del Síndico, y, en general, para tomar cualquier

acuerdo que no requiera de junta ordinaria. En el ordenamiento legal español, se convoca a junta ordinaria de acreedores, para el examen y reconocimiento de créditos, para procederse a la graduación de créditos y examen de las cuentas de la Sindicatura; y, a extraordinarias, para tratar de las proposiciones de convenio, reemplazo del Síndico, transacción o adjudicación de bienes no rematados en subasta pública. Entre nosotros, la única junta de acreedores, que podríamos calificar de ordinaria, es la junta de verificación de créditos, porque las otras pueden o no realizarse, sin que se afecte la marcha del procedimiento, y por lo tanto, son voluntarias, tales como las convocadas eventualmente para que los acreedores presten su consentimiento al Síndico para continuar el giro del fallido, o para autorizar la venta o transferencia del activo de la quiebra, o para pronunciarse sobre el convenio judicial promovido después de la verificación de créditos.

La junta de verificación de créditos es indudablemente de gran trascendencia dentro del proceso de quiebra, porque, sólo después de realizada, puede determinarse el pasivo de la quiebra y quiénes son realmente los acreedores con derecho legítimo a ser satisfechos de sus acreencias, estableciéndose la cuantía de los créditos y las preferencias para el pago de cada crédito. La presidencia de esta junta corresponde al Juez, como director del proceso, sin que sea indispensable la concurrencia del Síndico, pudiendo el quebrado concurrir por sí o haciéndose representar por apoderado, expresamente facultado. En cuanto a los acreedores, sólo podrán concurrir los que hayan presentado sus títulos conforme a ley, sin exigirse un mínimo de ellos, ya que la junta puede llevarse adelante con los acreedores que concurren, disponiéndose, para facilitar la verificación de los créditos en el término más breve posible, que si no basta una sesión, continuará la junta sus funciones el día o días subsiguientes, sin necesidad de nueva convocatoria.

Como a cualquier acreedor inasistente a una de las sesiones podría ocurrírsele, de buena o mala fé, impugnar un crédito ya reconocido, se ha considerado, con muy buen criterio, que el acreedor que no ha concurrido a una sesión, no tiene derecho a impugnar los créditos reconocidos en ella, y es obvio que así sea, porque, de lo contrario, las discusiones serían interminables, con los consiguientes perjuicios derivados de la prolon-

gada dilación del procedimiento, una de cuyas características es precisamente la brevedad.

Muchas veces se presenta el caso de créditos ya reconocidos por sentencia judicial, expedida antes de la declaración de quiebra. En esta eventualidad, resulta innecesario que la junta se pronuncie nuevamente, quedando limitada su intervención a establecer el monto del crédito reclamado, si éste no se ha fijado en la sentencia, o a pronunciarse sobre su extinción total o parcial, por causas sobrevinientes a dicho fallo.

Empero, la junta de acreedores, si bien tiene el derecho a objetar los créditos, no puede resolver en definitiva, porque esta resolución implica un acto jurisdiccional, que corresponde al Juez de la quiebra efectuar, teniendo a la vista las actas de las juntas donde aparecen los fundamentos de las impugnaciones, así como las pruebas de carácter instrumental que pudieran haberse presentado; sin perjuicio de mandar formar un cuaderno separado y tramitar la impugnación como incidente si, a su juicio, estima que es necesario hacer una mayor indagación, con la particularidad de que si el Síndico no apoyó las impugnaciones, el incidente se seguirá con los opositores, sin gravamen de costas para la masa, concediéndose apelación en ambos efectos, y recurso de nulidad, sin entorpecer la secuela del cuaderno principal.

Tales son, a grandes rasgos, los órganos del proceso de quiebra, cuya intervención es tan necesaria, que sin ellos no sería posible conseguir la pronta y adecuada realización de la masa activa, para distribuirla entre los acreedores del deudor declarado en estado de quiebra, previos los trámites legales y el asesoramiento y auxilio de los denominados funcionarios eventuales, como son los tasadores, contadores, depositarios, interventores etc., que cumplen, también, un papel importante dentro del proceso de la quiebra.

CAPITULO QUINTO

Las acciones integradoras y desintegradoras de la masa de la quiebra. La masa de hecho y la masa de derecho. La acción reivindicatoria, la acción rescisoria, la acción revocatoria, la acción subrogatoria.— Las identidades.— El derecho de retención.

La ocupación de los bienes del fallido, inmediatamente después de la declaración judicial de la quiebra, implica el apoderamiento de todos los bienes que se le encuentren, sin que sea necesario establecer previamente si es el legítimo titular de esos bienes, no pudiendo admitirse, tampoco, oposición alguna, ni del fallido, ni de tercero, para que determinado bien se excluya del inventario. Esa masa de bienes, así constituída, es la llamada, en la doctrina, masa de hecho de la quiebra: conjunto de bienes cuyo aparente titular es el quebrado en virtud de la presunción *juris tantum*, expresada en el principio de que el poseedor es considerado propietario mientras no se prueba lo contrario. La masa de hecho es, pues, la garantía inmediata de los créditos reclamados, o por reclamarse, en el curso del procedimiento.

En una etapa posterior, esta masa de hecho será reemplazada por la masa de derecho, es decir, por aquellos bienes de propiedad del quebrado, cuya afectación ha quedado indisputada o, que habiendo sido materia de disputa, se ha resuelto ésta favorablemente a los intereses del deudor fallido. Esta masa de derecho, también está integrada por todos los bienes o derechos que los acreedores o el Síndico, previos los trámites correspondientes, han logrado incorporar definitivamente al patrimonio del quebrado.

Se aprecia, entonces, que para llegar a establecer la masa de derecho, la verdadera y auténtica masa activa de la quiebra, destinada a intentar satisfacer los créditos, cuyo reconocimiento y pago se ha solicitado dentro del proceso, es menester, en muchos casos, iniciar acciones integradoras de esta masa, y soportar otras, tendientes a desintegrarla. Ejemplo de las primeras, son las acciones reivindicatorias propiamente dichas, de bienes del deudor, detentados por terceros; las acciones revocatorias, derivadas de la indebida disposición de bienes hechas por el quebrado; las acciones subrogatorias y, en fin, todas aquéllas que permitan acrecentar la masa activa de la quiebra. Por

el contrario, las acciones desintegradoras, son aquéllas iniciadas por terceros contra la quiebra, reclamando la entrega de determinados bienes, invocando derecho de propiedad sobre ellos; son las identidades, admitidas en todas las legislaciones, que, provisionalmente, fueron inventariadas como bienes del quebrado por el hecho de encontrarse en su poder. También lo son, las acciones rescisorias o el simple derecho de retención.

La Ley Procesal de Quiebras del Perú, en concernencia con este interesante aspecto del juicio de quiebra, dispone en el Artº 140 que los inmuebles y los muebles identificables, que existan en poder del deudor o de un tercero que los conserve a nombre del quebrado, cuya propiedad no se ha transferido a éste, serán entregados a sus dueños, previos los trámites establecidos en la misma ley, o sea siguiendo el procedimiento indicado para el reconocimiento de créditos: la previa junta de acreedores y la sustanciación, como incidente, en caso de impugnación. El primer requisito para reclamar un bien como identidad es, entonces, que sea identificable, que pueda individualizarse o diferenciarse perfectamente. Esta premisa no ofrece ninguna dificultad, ya que si el bien es identificable, es obvia la identidad, y procede su entrega al tercero reclamante. Sin embargo, en la práctica, suelen presentarse problemas interesantes, sobre todo tratándose de bienes muebles.

¿Qué sucede si determinado bien mueble, susceptible de identidad, se pierde o deteriora en poder del consignatario, después fallido, que ha tenido la precaución de asegurar esa mercadería para ponerse a cubierto de la responsabilidad que asumiría frente al consignante, en caso de siniestro, pero designándose beneficiario de la póliza? Si el tercero tiene o no derecho a reclamar, como identidad, el capital del seguro; o si debe presentarse a la quiebra, solicitando el reconocimiento y pago de su crédito, es una hipótesis en la que no se ha puesto la Ley Procesal de Quiebras. Creemos que el capital del seguro corresponde al fallido en su calidad de beneficiario y que, por consiguiente, debe ingresar a la masa de la quiebra; porque la disposición del Artº 1327 del Código Civil, en virtud de la cual el deudor que se libera de responsabilidad por la pérdida o destrucción de la cosa, debe ceder al acreedor cualesquiera derechos que le hubiesen quedado relativos a ella, sólo funciona en circunstancias normales, pero no cuando ya se ha producido la quiebra, que le impide pagar a un acreedor, en perjuicio de los otros. Así lo ha entendido la

jurisprudencia de la Corte Suprema de la República (1), agregando, que sólo procede reclamar como identidad el importe de una póliza de seguro endosada por el asegurado a un tercero, cuando la transferencia se ha realizado antes de la declaración de quiebra (2); porque se trata de dinero que tiene que considerarse como bien mueble perfectamente identificable, cuyo propietario ya era el tercero por haberse cumplido la condición, o sea la realización del siniestro.

La identidad, o identificación, origina también problemas derivados de la naturaleza de ciertos bienes fungibles, susceptibles de ser cambiados por otros mediante mezcla, especificación o combinación. Podría reclamarse como identidad una determinada cantidad de mineral mezclado con otro, de distinto dueño, para repartirse el precio de la venta los legítimos titulares de los minerales, cuya transferencia al fallido no llegó a realizarse. La Ley peruana no se refiere concretamente a este problema, ni tampoco al de la especificación hecha de buena fe. Para solucionar estos problemas habría que recurrir, indudablemente, a las disposiciones de carácter general contenidas en el Código Civil, y llegar a la conclusión de que las especies que resulten de la unión o mezcla de otras de diferentes dueños, pertenecen a éstos, en proporción a los valores respectivos; y si puede acreditarse que son las especies no transferidas al fallido las que se han utilizado, es claro que la identificación o identidad sería procedente. La ley de quiebras argentina es más nítida sobre el particular, al disponer, en forma que no deja lugar a dudas, que la reivindicación, sólo podrá ejercerse respecto de los efectos que, sin haberse confundido con otros del mismo género, sean idénticamente los mismos que fueron vendidos, agregando que, la prueba de la identidad será admitida aun cuando se encuentren deshechos los fardos, abiertos los cajones o disminuído su número (Artº 1512).

La hipótesis de la especificación es de más difícil solución. La ley peruana tampoco dice nada; habrá, por consiguiente, que

(1) Resolución Suprema de 6 de Octubre de 1934, expedida en el incidente de identidades (causa Nº 696/34) derivado del juicio de quiebra de don Ezequiel Navea, inserta en los Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República correspondientes al Año 1934, Tomo XXX pág. 165. Imprenta Americana, Lima, 1938.

(2) Resolución Suprema de 25 de Abril de 1932, expedida en el incidente de identidades (causa 1409/30) derivado del juicio de concurso de don Juan Muratorio, inserto en los Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia (Año 1932) Tomo XXVII, pág. 21. Imprenta Americana, Lima, 1936.

recurrir, nuevamente, al Código Civil, y convenir entonces que la buena o mala fe resuelven la controversia; solución que presenta la dificultad de establecer, en cada caso, si el fallido obró en tal o cual sentido, porque, como es sabido, los objetos que se hacen de buena fe con materia ajena, pertenecen al artífice, pagando el valor de la materia empleada, de donde se sigue que, si el quebrado de buena fe, utilizó el material de un tercero, antes de perfeccionarse la transferencia, no cabría reclamar como identidad el objeto, teniendo que resignarse a recibir, en moneda de quiebra, el valor total o parcial de la cosa.

Problema interesante resulta, tratándose de bienes identificables que el Síndico ha enajenado para impedir su corrupción o deterioro, o que los ha mezclado con otros para facilitar su transporte, a tal extremo que resulta imposible individualizarlos. La ley peruana no contempla este caso; sin embargo, sería clamorosamente injustificado que el titular de estos bienes se vea precisado a presentarse al juicio de quiebra, como un acreedor común, sujeto a las contingencias de todo proceso de quiebra; por eso estimamos que, en esa eventualidad, se trataría de un crédito que debe ser pagado sin deducción alguna, porque en realidad se han vendido o mezclado cosas de propiedad de terceros, que están excluidos de la masa de derecho, única legítimamente capaz de realizarse en beneficio de los acreedores del quebrado.

Los bienes posibles de reclamarse como identidad, además de ser identificables, es necesario que se encuentren en poder del deudor o de un tercero en su nombre, y que la propiedad de dichos bienes no se haya transferido al quebrado, para que puedan entregarse a sus dueños, previos los trámites de ley. La ley mexicana indica, con más precisión, que la entrega se hará a los "legítimos titulares", porque, obviamente, puede ocurrir que el reclamante de la identidad no se apoye precisamente en un título de propiedad, para formular su reclamo, por lo que hablar de "dueños" resulta impropio, como serían los casos del arrendatario entrante cuando el quebrado es el saliente, y cuando se trata de bienes que deben ser entregados a un administrador que necesariamente no es condómino de un bien cualquiera.

Conforme a la ley peruana, se pueden reclamar como identidad los bienes, efectos o mercaderías que el quebrado tuviere en depósito, administración, arrendamiento, alquiler, usufructo o comisión y, en general, los bienes que el quebrado haya

poseído en nombre de otro, si procede la entrega conforme al Código Civil o al Código de Comercio; los bienes dotales consistentes en inmuebles, alhajas o cosas de valor que no se destruyan por el uso, los bienes parafernales de la misma clase, cuyo dominio acredite la mujer con instrumento público anterior al matrimonio con el quebrado; o los adquiridos durante el matrimonio que provengan de herencia, legado o donación, constantes de instrumento público, así como los bienes comprados o permutados con los dotales o parafernales. Estas últimas disposiciones tienen por objeto proteger el patrimonio de la mujer, que no puede responder de las deudas del marido, y por eso se excluyen de la masa de derecho de la quiebra, después de haberse acreditado la calidad de tales bienes, y tratándose de bienes comprados o permutados por los dotales o parafernales, la presunción muciana queda enervada con mucha más facilidad dentro del juicio de quiebra que fuera de él. Efectivamente, si la mujer reclama como identidad uno de estos bienes, sólo tendrá que seguir los breves trámites del reconocimiento de créditos y, si su reclamo es impugnado, intervenir en el incidente correspondiente. Fuera del procedimiento de quiebra, forzosamente tiene que accionar en la vía ordinaria y acreeditar, no obstante el allanamiento de su marido, los fundamentos de su acción (3).

También son materia de identidad, las letras de cambio, libranzas, pagarés u otros instrumentos comerciales que sin expresión que transmita la propiedad, se han remitido o entregado al quebrado para su cobranza, así como los que, adquiridos por cuenta de otro, estén librados directamente en favor del comi-

(3) Como nota curiosa, es interesante recordar que ya en las Ordenanzas de Bilbao se establecía que: "por cuanto se ha experimentado, que las mujeres de algunos comitentes que han quebrado, o sus herederos en representación de ellas se han opuesto a los concursos y cobrado sus dotes; y después volviendo los tales comerciantes a tratar y comerciar de nuevo, quebraron segunda o más veces, y se ha repetido la misma acción por sus mujeres, o quienes las representan, diciendo haber quedado la dote cobrada en la primera o segunda quiebra en poder de sus maridos, y la han vuelto a sacar. Para evitar el perjuicio o fraude que en esto puede haber contra los demás acreedores que han tratado de buena fé e ignorantes de semejante derecho; se ordena y manda, que siempre que sucediere la quiebra de alguno, y se saca por su mujer o sus herederos dote, se entienda que en adelante, aunque los vuelvan a dejar en su poder, y comercie con ello, no se haya de poder pedir, ni tener acción por su mujer, ni quien la represente; pues habiendo experimentado antes el mal cobro que le dio el marido de su dote, no deben fiarse otra vez de su administración y gobierno". Este excesivo rigorismo, explicable en aquellos tiempos, no tiene cabida en las legislaciones contemporáneas, que reconocen el derecho de la mujer, sin las limitaciones que acaban de señalarse.

tente; y los caudales remitidos fuera de cuenta corriente al quebrado y que éste tuviera en su poder para entregarlos a persona determinada, en nombre y por cuenta del comitente. En la misma condición se encuentran las cantidades que se deban al quebrado por ventas hechas por cuenta ajena, y las letras, libranzas y pagarés de igual procedencia, que obren en su poder, aun cuando no estén extendidas a favor del dueño de la mercadería, si se prueba que la obligación proviene de la venta de ella y que la partida no ha sido pasada en cuenta corriente.

Al lado de estas acciones reivindicatorias contra la quiebra, se ha incorporado, en el título de identidades, en forma defectuosa e inexplicable, algunas figuras rescisorias y el derecho de retención, que, estrictamente, no tienen nada que hacer con el principio enunciado en el artículo 140, conforme al cual los inmuebles y muebles identificables que existan en poder del deudor o de un tercero que los conserve a nombre del quebrado, cuya propiedad no se haya transferido a éste, serán entregados a sus dueños. Si en tales términos está concebido el dispositivo, mal puede comprenderse en este artículo, a los inmuebles que compró el quebrado y cuyo valor no esté pagado en todo o en parte, en los casos que según el Código Civil pueda el vendedor pedir la rescisión de la venta. El contrato de compra-venta es, por naturaleza, consensual, y si el deudor, después fallido, ha pagado parte del precio, no puede discutirse que el inmueble se le ha transferido. El quebrado es propietario, aunque no haya concluido de pagar el precio estipulado, y el vendedor podrá recuperar el inmueble, recurriendo a la rescisión del contrato, si el deudor no le ha pagado más de la mitad de su valor. En caso contrario, tendría que limitarse a reclamar el saldo del precio de la venta, invocando a su tiempo, la preferencia que como acreedor de una hipoteca legal le corresponde sobre dicho inmueble.

La misma observación cabe hacer respecto de los muebles y géneros vendidos al quebrado para pagarse al contado (4),

(4) Se ha discutido si el pago efectuado en letras se reputa al contado o a plazos. La Resolución Suprema de 25 de mayo de 1944, expedida de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Suplente Dr. Lino Cornejo, en el juicio seguido por don Juan Tildow con don Juan Montalva, sobre cantidad de soles, estableció que para decidir si deben ser estimadas como identidades las mercaderías cuyo precio se paga en letras, es preciso establecer si éstas tienen valor cancelatorio de la obligación que les dio origen. La cuestión muy debatida doctrinariamente —dice el Dr. Cornejo— ha sido resuelta por el Artº 1248 del Código Civil, según el cual, la entrega de pagarés a la orden, letras de cambio u otros documentos sólo producen los efectos del pago cuando hubiesen sido rea-

cuyo precio no se haya satisfecho en todo o en parte, mientras existan en su poder y en estado de distinguirse específicamente y en la forma y términos en que se hizo la entrega así como las mercaderías que compró el quebrado para pagarlas a plazo, mientras no se le hubiese hecho la entrega material de ellas en el lugar convenido para efectuarla. La consensualidad del contrato de compra-venta impide sostener también, en estos casos, que no se ha operado la transferencia, y, que el reclamo formulado por estos bienes funcione técnicamente como identidad, por cuanto se trata de una acción típicamente rescisoria. Y precisamente la misma ley reconoce, a continuación, que mientras estén en camino las cosas muebles vendidas y remitidas al fallido, el vendedor podrá dejar sin efecto la tradición, recuperando la posesión, y en este caso podrá también pedir la rescisión de la compra-venta; lo que confirma el carácter rescisorio de la acción y ratifica la incongruencia de considerar entre las identidades a estas acciones.

Otro derecho desintegrador de la masa lo constituye el llamado por los civilistas "derecho de retención", que puede oponer el tercero para sustraerse de la obligación de entregar al Síndico, algún bien cuyo derecho de propiedad corresponde al quebrado. Este derecho constituye una excepción a la obligación de entrega que, a mérito de la intimación judicial, los terceros deben acatar, poniendo a disposición de la sindicatura todos los bienes del fallido, para que se ejercite la facultad de "disponer de ellos y de sus frutos hasta hacerse pago de los créditos contra el quebrado"; bajo pena de ser considerado como cómplice o encubridor.

Por el derecho de retención —dice el Artº 1029 del Código Civil—, un acreedor detiene en su poder el bien de su deudor, si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos establecidos por la ley, o siempre que la deuda provenga de un contrato o de un hecho que produzca

lizados o se hubiesen perjudicado por culpa del acreedor. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva queda en suspenso. Apoyada en estas consideraciones la Corte Suprema de la República declaró no haber nulidad en la sentencia de vista confirmatoria de la de Primera Instancia que declaró sin lugar la demanda interpuesta por la firma Juan Tidow y Cía. S. A. contra el liquidador de la firma K. Arima y Cía. para que se le entregara un lote de mercaderías, a cambio de las cuales la firma deudora aceptó varias letras de cambio.— Causa Nº 2332/43. Procede de Lima. Ej. inserta en Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República (Año 1944). Tomo XL, Imprenta Americana, Lima, 1945.

obligaciones para con el tenedor del bien; disposición que tiene su antecedente en la ley 44 Tit. XXVIII 3ª Part. 3ª de las Partidas, cuyo tenor literal es el siguiente: "Aquel que las despendas ficiere que sean menester de facerlas, que las debe o puede cobrar demientras que fuere tenedor de la cosa . . . e non gela debe entregar al dueño fasta quel de lo que desprendió en esta razón"; añadiendo la ley 9ª Tit. II part. 5ª que: "recibiendo alguno de otri, cauallo o, otra cosa semejante, emprestada; decimos que luego que el servicio fuese fecho, o el tiempo sea cumplido, tenuto es la de tornar a su señor e non la puede tener ende en adelante como razón de prenda, maguer aquel que gela auia prestada, la ouiesse a dar alguna debda, o otra cosa; fueras ende, simla debde fuesse pormpro o por razón de aquella cosa mesma, que recibió prestada . . . Ca entonce bien la pueda tener fasta que sea entregado de la despensa que fizo en la cosa prestada" (5).

Este derecho de retención procede siempre que la persona que ha pagado, o se ha obligado a pagar por el fallido, tenga en su poder mercaderías o valores de crédito que pertenezcan a aquél, con tal que la tenencia nazca de un hecho voluntario del fallido, anterior al pago de la obligación, y que esos objetos no hayan sido remitidos con fin determinado; sin perjuicio de los casos expresamente señalados por las leyes, como son, por ejemplo, los casos del acreedor prendario, el comisionista, el porteador, el comprador, mientras no se le otorgue la escritura pública, y muchos otros casos más, que hay que concordar con la disposición contenida en el Artº 67 de la Ley de Quiebras, en cuanto establece que si a algún acreedor le correspondiere el derecho de retención, no podrá privársele de la cosa retenida sin que previamente se le pague o asegure el pago de su crédito; agregándose que, la procedencia de este derecho de retención, puede ser declarada aun después de expedido el auto de quiebra.

DURÁN BERNALES, al comentar idéntica disposición de la ley chilena, expresa (6): "que la retención tendrá lugar cuando la persona que ha pagado o se ha obligado a pagar por el fallido, tenga en su poder mercaderías o valores de crédito que pertenezcan al quebrado; que esa tenencia nazca de un hecho

(5) Aparicio G. S. Código Civil. Concordancias, Tomo XII, pág. 299. Ed. Taller de Linotipia, Lima, 1943.

(6) Op. cit. pág. 377, párrafo 3.

voluntario del fallido, porque, si la tenencia proviene de una voluntad ajena, como el caso de un depósito o secuestro judicial, fuera de otros casos en que intervienen terceros, no se cumple el requisito; que el hecho que produjo la tenencia sea anterior al pago o a la obligación que se constituyó; que esos valores de crédito o mercaderías que están en poder de dicha persona, no hayan sido remitidos por el fallido con un destino determinado, como sería el caso de haberse enviado para cancelar una obligación vencida, hacer una donación. El fundamento de este artículo es de sentido común”.

El derecho de retención tiene que ser declarado por el Juez, pudiendo el Síndico formular oposición y exigir la entrega de las cosas retenidas, si considera que tal derecho es improcedente, o si estima que conviene a los intereses de la quiebra mantenerlos en su poder; debiendo, en este último caso, abonar la deuda, intereses, costas y perjuicios o, en su defecto, dando caución que asegure el pago en moneda que no sea de quiebra.

Hacen bien las leyes de quiebra que admiten el derecho de retención. Si el acreedor prendario estuviera expuesto a entregar la prenda que le dio su deudor en garantía específica de su crédito; si el Agente de Aduana tuviera la misma obligación respecto de la mercadería que ha despachado, adelantando por cuenta del cliente los impuestos y derechos correspondientes; si el porteador tuviera que soportar el mismo riesgo; es obvio que estos contratos basados, no en la solvencia del deudor, sino en la garantía de las cosas que la ley autoriza retener mientras el acreedor no sea íntegramente satisfecho de su crédito, perderían toda eficacia. Al desaparecer la razón determinante del contrato, cual es la absoluta seguridad del acreedor de ser pagado de su crédito, debe correr el riesgo de ser pagado en moneda de quiebra, contrariándose el fin de la institución.

Tal es la importancia del derecho de retención que nuestros legisladores lo han considerado un derecho real de garantía, dándole “el carácter de institución autónoma que no la tiene según el Código Civil de 1852, en que está limitado a determinados casos específicamente señalados. En esto ha seguido al Código Argentino y a otros más modernos, como el de Alemania” (7).

(7) Exposición de Motivos del Código Civil.

Otra acción desintegradora de la masa de la quiebra, que debemos mencionar, es la tercería de dominio iniciada contra el deudor antes de la declaración de quiebra, que excepcionalmente deberá continuar tramitándose de conformidad con el procedimiento que corresponde; es decir, que la declaración de quiebra, no autoriza al actor a presentarse ante el Juez de la quiebra y solicitar el inmueble como identidad, siguiendo el trámite establecido para el reconocimiento de créditos, sino que el juicio deberá continuar conforme a las disposiciones de la ley procesal civil, hasta su término. La razón de tal excepción la encontramos plenamente justificada, porque no sería equitativo obligar al demandante a dejar una acción de esta naturaleza, que puede inclusive estar expedita para sentencia, para solicitar el inmueble como identidad, iniciando prácticamente una nueva acción.

Así como existen acciones tendientes a desintegrar la masa de la quiebra, la ley autoriza la iniciación de otras acciones que lejos de importar la separación de alguno de los bienes inventariados, persiguen incorporar a la masa otros que aparentemente han dejado de ser propiedad del deudor, o simplemente no han podido ser incorporados a su patrimonio por causas ajenas a su voluntad.

La finalidad del juicio de quiebra es conseguir la liquidación y realización de los bienes del fallido y distribuirlos respetando la "*par conditio creditorum*", sin perjuicio de los acreedores privilegiados. Esta igualdad no sería tal, si el deudor, comprendiendo su situación difícil, quiere favorecer a uno o más acreedores y les enajena o grava a su favor determinados bienes, para cancelarles sus deudas, o convertirlos en acreedores privilegiados, o si coludido con ellos simula una enajenación o un gravámen para perjudicar a los demás acreedores. La ley ha querido impedir estos abusos y declara que son nulos los gravámenes y enajenaciones relativos a bienes del deudor, constituidos y hechos dentro de los seis meses anteriores a la declaración de quiebra, así como los actos y contratos a título gratuito que hubiese ejecutado o celebrado el deudor, relativo a sus bienes, desde seis meses antes de la fecha de cesación de pagos. También están sancionados con nulidad si se han verificado dentro de los sesenta días anteriores a la declaración de quiebra, las cesiones de inmuebles en pago de deudas de plazo no vencido; las escrituras otorgadas, las hipotecas, anticresis y pren-

das constituídas en razón de las obligaciones de fecha anterior, que no tuviesen estas calidades; y las constituciones dotales hechas por el deudor en sus propios bienes. Si el deudor es comerciante, además de los casos que se han señalado, se reputan nulos y de ningún valor todo pago anticipado por deuda civil o comercial, cualquiera que sea la forma estipulada en el contrato, requiriéndose en ambos casos que dichos pagos se hayan efectuado desde los diez días anteriores a la fecha de cesación de pagos hasta el día de la declaración de quiebra. Se entiende que el fallido anticipa también el pago cuando descuenta efectos de comercio o facturas a su cargo, y cuando lo verifica renunciando al plazo estipulado a su favor, y respecto del pago de deuda no vencida se estima que la entrega en pago de efectos de comercio, equivale a pagar en dinero.

Las expresiones tan categóricas contenidas en la ley peruana respecto a estos actos o contratos realizados por el fallido, durante el período de tiempo que en otras legislaciones se denomina "sospechoso", no permiten dudar sobre el auténtico alcance de estas disposiciones, de las que se desprende que es suficiente acreditar que tal acto o contrato se relizó en una determinada época anterior a la quiebra o a la fecha de cesación de pagos, para que ellos se reputen nulos y sin ningún valor, evitándose así toda discusión sobre la intención dolosa o fraudulenta con que pudo proceder el deudor. Además son distintos los efectos de los actos o contratos nulos, de los simplemente anulables. Aun cuando los actos o contratos afectados de nulidad absoluta, son nulos *ipso jure*, sin que sea necesario declaración judicial, tal principio muy rara vez es acatado, viéndose precisado el Síndico o cualesquiera de los acreedores a demandar tal declaración y acumulativamente la entrega de los bienes en procedimiento que no puede ser otro que el de menor cuantía, que consideramos inconveniente porque proviniendo la nulidad de expresa disposición de la ley, y estando referida dicha nulidad a la fecha de la celebración del acto o contrato, bien podría disponerse de un procedimiento sumarísimo que permitiera solucionar estos conflictos sin recurrir a los trámites del juicio de menor cuantía, en obsequio de la brevedad que es una de las características que debe informar todo proceso de quiebra. La vía incidental conceptuamos que sería la más apropiada.

Planteado en estos términos el problema, es obvio que para conseguir la nulidad de los actos o contratos celebrados por el quebrado en las circunstancias que se dejan precisadas, no es necesario recurrir ni a la acción revocatoria o pauliana ni a las acciones que autoriza la ley general, cuando se ha incurrido en error, dolo, violencia, intimidación, o simulación, porque como hemos visto tales actos o contratos están afectados de nulidad absoluta y no de la simple nulidad relativa que da lugar a la iniciación de tales acciones, cuyas dificultades probatorias son evidentes y harían interminables estos conflictos, dejando muchas veces burladas las justas expectativas de los acreedores no favorecidos con un acto de afectación o de disposición realizado por el fallido.

Sin embargo, los actos o contratos concertados y terminados por el deudor, fuera de los plazos señalados por la ley, cometidos en fraude de los acreedores, sí están sujetos a la acción revocatoria, siempre que se intenten antes de vencerse dos años de la fecha de la celebración del acto o contrato, porque de lo contrario la acción habría prescrito definitivamente quedando sin sanción los actos fraudulentos que el deudor ha venido ejecutando con toda anticipación a su quiebra. Esta acción revocatoria nos enfrenta con el problema de si esos bienes así recuperados deben servir para cubrir solamente los créditos contraídos con anterioridad al del acto fraudulento como dispone la ley general, o si por el contrario tal patrimonio debe servir para cubrir proporcionalmente todos los créditos por pagarse dentro del juicio de quiebra. Estando a la naturaleza del juicio de quiebra consideramos que ese patrimonio así incorporado debe satisfacer los créditos reconocidos sin limitación de tiempo, porque admitir lo contrario sería establecer una preferencia que la ley no reconoce y se desconocería además el principio de la "*par conditio*" que todas las leyes de quiebra consagran, por razones de estricta justicia, que fundamentan precisamente la existencia del proceso universal destinado a proveer el pago de las deudas del fallido, sin reconocer más preferencias que las expresamente consignadas por el texto. En este mismo sentido, SÁTTA, comentando la ley italiana expresa que (8) "el acto del deudor es nulo por ilicitud de la causa, si bien sea una ilicitud relativa a determinadas personas (los acreedores defraudados), pero se

(8) Op. cit. pág. 227, parágrafo 1 in fine.

ha objetado eficazmente que el acto nulo debería serlo para todos los acreedores (y por lo tanto todos podrían beneficiarse con ello) y no solamente para uno de ellos, el que ha obtenido la revocación”.

En algunas legislaciones distinguen la acción pauliana concursal de la acción pauliana ordinaria, la primera equivale a las acciones de nulidad de los actos o contratos realizados durante el período sospechoso, y la segunda a la acción pauliana propiamente dicha, donde es necesario probar la intención dolosa o fraudulenta del deudor. Tal distinción es en nuestro concepto inoperante. Una cosa es el acto nulo *ipso jure* y otra el simplemente anulable por fraude. Sostener que procede la acción pauliana respecto de los primeros es un contrasentido, porque un acto o contrato o es nulo y sin valor alguno, o es anulable y surte efectos hasta que por sentencia quede sin valor. De tal manera que si la acción pauliana está destinada a conseguir la anulación de un acto o contrato, es claro que resulta inadmisibles que se pretenda conseguir la anulación de lo que es nulo *ipso jure*. Si en la acción revocatoria llamada concursal no es indispensable probar el fraude del deudor, sino que el acto o contrato se realizó durante el período sospechoso, no hay estrictamente acción revocatoria, sino acción de nulidad, para que los jueces declaren simple y llanamente que tal o cual concierto de voluntades en realidad no existió válidamente, estuvo afectado de nulidad insanable y no ha surtido ningún efecto, lo que no sucede en la acción pauliana que presupone la existencia del acto que ha venido surtiendo sus efectos, pero afectado de una nulidad relativa, que al ser establecida judicialmente lo deja sin efecto, sólo a partir de la declaración judicial. El argumento de que en la acción pauliana concursal existe la presunción *jure et de jure* del fraude del acreedor, mientras que en la acción pauliana ordinaria no existe tal presunción, sino que para que un proceso de esta naturaleza sea amparado por los Tribunales, es indispensable acreditar el fraude del deudor, no es valedero, porque ni en la ley italiana ni en nuestra ley ni en otras legislaciones, se establece que los actos o contratos celebrados por el deudor en las condiciones que se precisan, durante el período sospechoso, son anulables, sino que en forma expresa se declara que “son nulos”, que “son nulos y sin ningún valor” (9), y bien

(9) El Decreto N° 55583 de 20 - 5 - 55 expedido por el Gobierno de Edgard Faure, en uso de las facultades legislativas conferidas por las leyes Nos. 54809 de 14 - 8 - 54 prorrogada

sabemos que prescindiendo de la capacidad del agente, del objeto del contrato y de su forma, son también nulos los actos jurídicos por disposición de la ley, como en el caso concreto de la quiebra.

Por eso es incuestionablemente más acertado, referirse a la acción de nulidad durante el período sospechoso, que a la acción pauliana concursal, porque como hemos destacado, resulta contradictorio y equívoco confundir estas acciones que en realidad requieren de presupuestos distintos para ser ejercitadas por quien se considera afectado por la ejecución de determinados actos del deudor fallido. En este aspecto la ley peruana es suficientemente clara y hasta señala el procedimiento a seguir —que ya hemos criticado— y el término legal para interponer la acción, diferente en esencia de la acción revocatoria ordinaria (10).

Otra de las acciones integradoras de la masa, es la acción subrogatoria o acción oblicua, que corresponde tanto al Síndico como a cualquiera de los acreedores, para demandar sustituyéndose al deudor fallido en la reclamación de un derecho patrimonial que éste no ha ejercitado y que después de la declaración de quiebra está imposibilitado de hacer, por eso se justifica la subrogación del acreedor o del Síndico en los derechos del deudor quebrado, evitando que un tercero (el deudor del quebrado), se enriquezca indebidamente en perjuicio no sólo del quebrado sino de todos los acreedores cuyos créditos deben ser satisfechos con la masa activa de la quiebra. Esta acción se ejerce, no por derecho propio como sucede en la acción de nulidad o en la acción pauliana, sino en nombre del deudor, incapaz

por la ley Nº 55349 de 2-4-55, que contiene el nuevo ordenamiento legal sobre quiebras y arreglo judicial de la República francesa, en su artículo 41 denomina a estos actos "inoponibles a la masa", modificando la denominación de "nulos" consignada en el Código de Comercio. La Comisión a propuesta de Mazeaud estimó que los términos "inoponible a la masa" son más precisos desde el punto de vista jurídico, porque esos actos viciados no son nulos sino simplemente inoponibles, desde que producen efecto respecto del deudor. "La Nueva Legislación Francesa sobre Arreglo Judicial y Quiebras", por Jorge N. Williams. Editorial Abeledo, Buenos Aires, 1959, pág. 92.

(10) En este mismo sentido se pronuncia Parry manifestando que "la acción de nulidad concursal no puede confundirse con la pauliana del Código Civil, ya que esta última sólo es procedente para revocar los actos realizados en fraude de los acreedores y las acciones de nulidad de la quiebra, pueden autorizarse aunque ese fraude no exista, para dejar sin efecto los actos de un comerciante que ofuscado por la catástrofe que amenaza sus negocios, realiza de buena fé operaciones que vienen a perjudicar a la masa". Adolfo Parry, Tutela del Crédito en la Quiebra y en el concurso civil. Tomo I. pág. 10, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1945.

citado legalmente para comparecer en juicio como demandante, después de haber sido declarado en quiebra. La acción subrogatoria no se limita a la sustitución procesal respecto de los juicios que se encontraban abiertos al producirse la declaración de quiebra, sino que se extiende a la reclamación de todos los derechos patrimoniales no exigidos por el deudor por cualquier motivo, y que debiendo ingresar a la masa de la quiebra no se encuentran en ella por la razón anotada. El inc. 4º del Artº 1233 del Código Civil peruano admite la acción subrogatoria al autorizar al acreedor para ejercer los derechos de su deudor, con excepción de aquellos que son inherentes a su persona, acción que si puede iniciarse sin que necesariamente el deudor se encuentre en falencia, tiene mayor justificación cuando se ha producido la quiebra que lo incapacita para comparecer en juicio como demandante; por eso el Síndico o los acreedores individualmente están facultados para actuar en resguardo de los intereses de la masa en juicio o fuera de él, y por consiguiente para cobrar los créditos del activo de la quiebra. Tratándose de esta acción si cabría hablar de la acción subrogatoria del juicio de quiebra, para distinguirla de la acción subrogatoria ordinaria, porque si bien esta última supone la existencia de un derecho no ejercitado, por malicia o descuido del deudor, aquélla procede aún cuando no concurren ninguno de estos requisitos: basta que la inejecución provenga de la incapacidad de comparecer en juicio que determina el estado de quiebra para que funcione con todos sus efectos y consecuencias la acción subrogatoria.

Por último, la acción reivindicatoria destinada a incorporar a la masa de derecho bienes de propiedad del quebrado, que se encuentran en poder de terceros, es otra acción integradora que necesita ser mencionada, porque si a todo propietario se le reconoce el derecho de reivindicar sus bienes, con mayor razón puede invocarse este derecho en nombre del deudor fallido y en beneficio de los acreedores, cuyas expectativas al cobro de sus créditos adquieren una mayor posibilidad de ser cubiertos al término del juicio de quiebra. Por consiguiente la acción reivindicatoria no sólo puede ser utilizada para reclamar como identidad los bienes incorporados indebidamente a la masa (11) sino

(11) En el caso Benjamín Chong vs. la Sindicatura Departamental de Quiebras de Ica se aplicó este principio al desestimarse la acción de tercera de dominio interpuesta por el actor para recuperar un bien de su propiedad del que se había incautado el Síndico. La Corte Suprema de la República estableció que la tercera excluyente sólo pro-

que a su vez puede ejercitarse para recuperar bienes del deudor detentados por terceros.

Ya hemos adelantado que estas acciones pueden ser entabladas por el Síndico o individualmente por los acreedores en interés de la masa. El artículo 81 de la Ley 7566 y el inc. 4º del artículo 1223 del Código Civil así lo autorizan, no obstante se ha pretendido discutir los alcances de estas disposiciones, negándose al acreedor el derecho de accionar individualmente. Se ha sostenido equivocadamente en nuestro concepto, que el Síndico en virtud de lo dispuesto por el artículo 131 de la Ley 7566 asume la representación de los intereses tanto de los acreedores como del fallido y que como de acuerdo con lo establecido en el inciso primero del artículo 132 le corresponde actuar en resguardo de los intereses de la masa o del fallido, en juicio o fuera de él, con plena representación de éste y de los acreedores, debe intervenir necesariamente en el juicio de nulidad que inicien los acreedores individualmente.

Los sostenedores de esta tesis olvidan que conforme al artículo 81 de la ley N° 7566 antes citada, las acciones de nulidad pueden ser ejercitadas por el Síndico o individualmente por los acreedores "en interés de la masa". Esto significa que el Síndico no es preciso que intervenga necesariamente como demandante, porque la ley con toda claridad expresa en términos alternativos que la acción puede ejercitarla el Síndico o los acreedores individualmente, no en interés propio sino en interés de la masa.

Establecido que el Síndico no necesita intervenir como demandante, sólo queda por definir si puede intervenir como mandado. La respuesta es negativa, por cuanto en la acción de nulidad el acreedor demandante no tiene interés opuesto ni distinto al de su deudor quebrado, razón por la cual no puede demandarse al Síndico. Además las acciones de nulidad a que se refiere la ley peruana, tienen un carácter evidentemente subrogatorio que se promueven con arreglo al inciso 4º del artículo 1233 del Código Civil que da a todo acreedor la facultad de "ejercer los derechos de su deudor", añadiendo este dispositivo

cede cuando previamente se ha trabado un embargo, dejando a salvo el derecho del demandante para que lo hiciera valer con arreglo a las prescripciones de la Ley Procesal de Quiebras. Causa N° 1532/58. Procede de Ica. Resolución Suprema de 28 de abril de 1959, inserta en Revista de Jurisprudencia Peruana N° 184 correspondiente al mes de mayo de 1959, pág. 565.

que para el ejercicio de ese derecho "el acreedor no necesita recabar previamente autorización judicial, pero que deberá citar a su deudor en el juicio que se promueva". Por consiguiente al Síndico se le debe citar, pero no demandar, al entablarse una acción de nulidad por los acreedores individualmente (12).

En resumen, contra la quiebra pueden intentarse la acción reivindicatoria, la acción rescisoria y ejercitarse el derecho de retención; y a su vez la quiebra puede iniciar igualmente la acción reivindicatoria, la acción de nulidad, la acción revocatoria y la acción subrogatoria, que no obstante las diferentes finalidades inmediatas que persiguen, contribuyen a establecer definitivamente el verdadero patrimonio del deudor, cuya realización servirá para proveer al pago de sus deudas.

(Continuará)