

El acceso a la información concursal es transcendental para alcanzar el objetivo último del sistema concursal peruano, el cual consiste en reducir los costos de transacción para que los actores económicos puedan proteger mejor el crédito comprometido con la crisis del deudor. Partiendo de este paradigma, el autor propone una lectura amplia del artículo 13 de la Ley General del Sistema Concursal (LGSC) sosteniendo con justificación que los acreedores “reconocidos” por Indecopi no son los únicos que tienen derecho a contar con información, sino también los acreedores no reconocidos, los contingentes e incluso cualquier otro actor económico interesado en formar parte del procedimiento concursal.

¿HABRÁ LUZ AL FINAL DEL TÚNEL?:

Análisis del precedente sobre reserva y acceso a la información en los procedimientos concursales



Paolo del Águila Ruiz de Somocurcio*

INTRODUCCIÓN:

Una de las características más importantes que debe tener cualquier procedimiento concursal es la capacidad de acopiar y transmitir información relevante al mercado respecto a los deudores en concurso. Ello obedece a que uno de los costos de transacción típicos que encontramos en situaciones de crisis está directamente relacionado con la escasa o nula información que, sobre las obligaciones, cargas y situación financiera del deudor, tienen los actores económicos relacionados a éste.

Por ello, las leyes concursales y sus operadores deben partir de la premisa que a más información, mayor eficiencia en las decisiones que se adopten acerca del destino de la empresa insolvente.

La Ley General del Sistema Concursal (en adelante, LGSC) no ha sido ajena a esta premisa, regulando en el artículo 13 lo siguiente:

“Artículo 13.- Acceso a la información concursal

13.1 Los acreedores tienen el derecho de acceder a toda la información que requieran para tomar decisiones en los procedimientos concursales, sin perjuicio de las excepciones contempladas en

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho con mención en Derecho de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Postgrado de Derecho Mercantil con mención en Derecho de la Competencia por la Universidad de Salamanca – España. Presidente de la Comisión de Procedimientos Concursales - Sede Lima Norte del INDECOPI. Profesor de Derecho Concursal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Las opiniones vertidas en el presente artículo son personales y no vinculan a ningún órgano del Indecopi.

la Constitución y en el marco legal vigente. Es obligación de los deudores y de las entidades administradoras y liquidadoras brindar dicha información.

13.2 En el caso de Juntas, el derecho de información de los acreedores se regula por el Artículo 52”.

Igualmente, en el artículo 52° de la LGSC se señala:

“Artículo 52.- Derecho de información de los acreedores en Junta

(...)

52.2 La información y documentación necesaria deberá ponerse a disposición de los acreedores, por el deudor, en el local de la Comisión o, en otro lugar debidamente difundido, con una anticipación no menor a tres (3) días anteriores a la realización de la primera convocatoria a Junta.

(...)”

No obstante, como contrapeso al acceso y derecho a la información que tienen los acreedores y, en general, los actores económicos respecto a deudores en crisis, la propia LGSC establece que, en ciertos casos, la regla general: “La información concursal es un derecho al alcance de todos”, tiene una excepción: “La reserva en casos particulares”. Así el artículo 11 de la LGSC estipula:

“Artículo 11.- Reserva e información del procedimiento

11.1 Los procedimientos concursales a pedido de acreedores se tramitarán en reserva hasta la publicación a que se refiere el artículo 32. Cautelarán la reserva los funcionarios públicos que tengan conocimiento del procedimiento y las partes”.

(...)

Mediante Resolución N° 0988-2005/TDC-INDECOPI de fecha 12 de setiembre de 2005, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala) dictó un precedente de observancia obligatoria con relación al tema que nos ocupa¹. Así, la Sala señaló lo siguiente:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley General del Sistema Concursal, el derecho para acceder a la información contenida en el procedimiento concursal sólo puede ser ejercido por las partes intervinientes en el mismo, es decir, el deudor y los acreedores reconocidos por la Comisión. Dicha facultad no puede hacerse extensiva a aquellos terceros que, al no haber sido calificados como acreedores por la autoridad administrativa, carezcan de un legítimo interés para intervenir en el procedimiento. Ello debido a que, mientras los acreedores reconocidos por la Comisión ejercen al interior del concurso la titularidad de un conjunto de derechos y obligaciones frente al deudor y a los demás acreedores, situación jurídica derivada de su condición de sujetos perjudicados con la cesación de pagos del deudor, los terceros que no ostentan tal calidad no cuentan con legitimación alguna que los habilite a participar en el procedimiento, dado que carecen de un interés económico comprometido en la crisis patrimonial del deudor que merezca ser tutelado bajo las reglas del concurso.

Las partes intervinientes en el procedimiento concursal tienen derecho a acceder a toda la información contenida en el expediente, con excepción de la información confidencial a la que se refiere la Constitución Política del Estado, el Decreto Legislativo N° 807 y demás normas pertinentes”.

1 Resolución N° 0988-2005/TDC-INDECOPI del 12 de setiembre de 2005, en el procedimiento concursal de Textil San Cristóbal S.A., recaído en el Expediente N° 011-2003-CP/CCO-ODI-ESAN.

Como se aprecia en dicho precedente, la Sala analizó dos puntos concretos: (i) el acceso a la información en los procedimientos tramitados por la administración pública; y (ii) los alcances del artículo 13 de la LGSC respecto a la información contenida en los procedimientos concursales.

ANÁLISIS DEL PRECEDENTE:

Acceso a la información y el principio de transparencia en la actuación de la Administración Pública.

Nuestro ordenamiento jurídico ha apostado decididamente por promover, por un lado, la transparencia en la actuación de la administración pública en cualquiera de sus niveles, así como el acceso a la información del que gozamos todos los ciudadanos respecto de los actos y procesos que se lleven en el campo público.

La Constitución plasma este concepto y lo reconoce como derecho fundamental de los ciudadanos. Así, el numeral 5 del artículo 2 de la Carta Magna dice lo siguiente:

“Derechos de la Persona

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional (...).”

Como bien señala Marcial Rubio², hay un doble derecho reconocido en el texto

2 RUBIO CORREA, Marcial. Estudios de la Constitución Política del Perú. Fondo Editorial de la

constitucional; por un lado, el derecho ciudadano a solicitar información, derecho que se complementa con aquél dirigido a recibir esa información, de allí que este derecho vaya más allá al derecho de petición previsto en el numeral 20 del artículo 2 de la Constitución. En ese sentido, se instaura también un deber de las entidades del Estado a brindar con transparencia, y sin exigir expresión de causa, toda la información a su alcance, salvo los casos exceptuados por ley.

La disposición constitucional es desarrollada en la Ley N° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública³, la que tiene como finalidad, de acuerdo a su artículo 1, “promover la transparencia de los actos del Estado y regular el derecho fundamental del acceso a la información consagrado en el numeral 5 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú”.

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública presume pública toda la información que posee el Estado, salvo las excepciones previstas expresamente en el artículo 15 de la misma norma, relativa básicamente a información ligada al secreto militar, asuntos de inteligencia y seguridad nacional, o aspectos vinculados a los secretos comerciales o industriales, o a los datos referidos a la intimidad personal o familiar, entre otros.

No obstante, como es de observarse, la idea general que subyace en esta norma es que los ciudadanos tenemos el derecho de conocer la información que maneja el Estado a través de sus diversas administraciones, estableciéndose por ello, conforme al artículo 4 de la norma acotada, responsabilidades y sanciones a “los funcionarios y servidores

Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.

3 La Ley N° 27806, fue modificada por Ley N° 27927, que se conjugan en el D.S. 043-2003-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

públicos que incumplieran con las disposiciones a que se refiere esta Ley..."

En igual sentido, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General consagra, dentro de los principios del procedimiento administrativo, el principio de participación, por medio del cual *"Las entidades deben brindar las condiciones necesarias a todos los administrados para acceder a la información que administren, sin expresión de causa, salvo aquellas que afectan la intimidad personal, las vinculadas a la seguridad nacional o las que expresamente sean excluidas por Ley..."*

En conclusión, el Estado ha optado correctamente por la transparencia como regla básica para su actuación, consagrandó en el texto constitucional el derecho fundamental de toda persona a acceder, sin expresión de causa, a la información que posea cualquier dependencia estatal, cuyos funcionarios y servidores públicos están en la obligación de brindarla, bajo responsabilidad, salvo los casos especiales expresamente exceptuados por Ley.

Reserva, transparencia, declaración de confidencialidad y acceso a la información en los procedimientos concursales.

Consideramos que el precedente bajo análisis es equivocado por cuanto solamente se circunscribe a efectuar una lectura cerrada del artículo 13 referido al acceso a la información, sin tener en cuenta ni analizar con la suficiente profundidad los conceptos de reserva, transparencia y declaración de confidencialidad, necesarios para comprender este tema medular.

Peor aún, para entender el artículo 13, la Sala usa disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), lo cual resulta innecesario, toda vez que la propia LGSC leída sistemáticamente le

hubiera permitido comprender o interpretar, de ser el caso, los alcances del referido artículo 13. Bajo el ámbito de la LPAG solamente serán las partes de los procedimientos administrativos las que tengan acceso a la información contenida en los expedientes, conforme a sus artículos 55 y 160⁴. No obstante, esa no es la regla que rige en los procedimientos concursales, como explicaremos a continuación.

En primer lugar, conviene analizar el numeral 1 del artículo 11 de la LGSC relativo al deber de reserva, cuyo tenor dice:

"Artículo 11.- Reserva e información del procedimiento

Los procedimientos concursales a pedido de acreedores se tramitarán en reserva hasta la publicación a que se refiere el artículo 32. Cautelarán la reserva los funcionarios públicos que tengan conocimiento del procedimiento y las partes".

Esta disposición resulta de mucha relevancia para tener una idea clara acerca del acceso a la información concursal. Como regla general, el sistema concursal peruano apunta a reducir costos de transacción con la

4 Artículo 55.- Derechos de los administrados

Son derechos de los administrados con respecto al procedimiento administrativo, los siguientes: (...)

3. Acceder, en cualquier momento, de manera directa y sin limitación alguna a la información contenida en los expedientes de los procedimientos administrativos en que sean partes y a obtener copias de los documentos contenidos en el mismo sufragando el costo que suponga su pedido, salvo las excepciones expresamente previstas por ley. (...)

Artículo 160.- Acceso a la información del expediente

160.1 Los administrados, sus representantes o su abogado, tienen derecho de acceso al expediente en cualquier momento de su trámite, así como a sus documentos, antecedentes, estudios, informes y dictámenes, obtener certificaciones de su estado y recabar copias de las piezas que contiene, previo pago del costo de las mismas (...)

finalidad que los actores económicos puedan proteger mejor el crédito comprometido con la crisis del deudor. Bajo ese paradigma, el acceso a la información es muy importante y, por tanto, el legislador ha cuidado que el procedimiento concursal sea público sin mayores restricciones.

Una restricción –temporal y específica, y acaso la única en materia de acceso a la información– es justamente la prevista en el numeral 1 del artículo 11 de la LGSC, cuya finalidad es someter a reserva el trámite del procedimiento concursal ordinario cuando éste es requerido o postulado por un acreedor. Ello tiene lógica, dado que, cuando un acreedor solicita la declaración de concurso de su posible deudor, la situación acerca del estado concursado de este último es aún incierta. De hecho, la LGSC establece una fase previa (denominada pre-concursal) que debe seguirse antes de la declaración del concurso.

En ese orden de ideas, mal haría la legislación concursal de publicitar un estatus concursado del deudor cuando aún éste no ha sido verificado por el Indecopi. Es por esa razón, que la LGSC establece en los artículos 27 y 28 un régimen peculiar que debe seguir el acreedor para emplazar al supuesto deudor, y que también debe llevar a cabo ese deudor presunto por medio de su apersonamiento, en el cual se estipulan mecanismos de defensa frente al pedido de declaración de concurso.

En suma, mientras no se haya acreditado el estado de *cesación de pagos del presunto deudor*, a través de la condición especial del crédito invocado por el acreedor y su verificación por parte del Indecopi, el procedimiento es reservado. Más aún, esa reserva continuará hasta que se emita el acto administrativo (resolución) que declara la situación de concurso y dispone su publicación, acto que deberá tener la condición de firme o consentido para que

sea informado al mercado, conforme al artículo 32 de la LGSC⁵.

A esta restricción prevista en el artículo 11 de la LGSC se antepone la regla general: El procedimiento concursal ordinario promovido por el propio deudor o derivado por el apercibimiento judicial según el artículo 692-A del Código Procesal Civil, y el procedimiento concursal preventivo –que siempre es impulsado por el deudor– no son reservados; siendo así, cualquier persona, acreedor o no del deudor, con o sin “legítimo interés” puede acceder a la información relativa al trámite de dicho procedimiento, información que, desde nuestra óptica, no se circunscribe a si tal o cual deudor está siguiendo un procedimiento concursal ante Indecopi, sino que va al conocimiento de fondo de la información manejada en dicho procedimiento.

La afirmación anterior va de la mano con el principio de transparencia que irradian los concursos. La idea general es que los actores económicos conozcan, desde el inicio, la crisis del deudor, porque de esa manera podrán estar atentos y conscientes de las decisiones comerciales que pudieran tomar con dicho actor. Esa información, por tanto, es vital para los actores económicos que se vayan a relacionar contractualmente con dicho deudor, se conviertan o no más tarde en acreedores de éste.

Además, al brindar información calificada –y un pedido de concurso lo es– el sistema concursal cumple uno de sus objetivos medulares en tanto reduce costos de transacción, siendo la información uno de los bienes más costosos en cualquier negocio o contrato, y

5 Artículo 32º.- Difusión del procedimiento

Consentida o firme la resolución que dispone la difusión del procedimiento, la Comisión de Procedimientos Concursales del INDECOPI dispondrá la publicación semanal en el diario oficial El Peruano de un listado de los deudores que, en la semana precedente, hayan quedado sometidos a los procedimientos concursales.

de mayor valor cuando estamos hablando de una potencial insolvencia.

Cabe resaltar que la reserva del artículo 11 no sólo está circunscrita a un tipo de pedido particular (del acreedor bajo el esquema del procedimiento ordinario), sino que tiene también una temporalidad limitada (la fase pre-concursal), lo cual significa que iniciada la fase concursal propiamente dicha, con la difusión del estado concursado en el diario oficial –conforme dicta el artículo 32 de la LGSC– se acabó la reserva, por lo que el principio de transparencia antes aludido despliega todos sus efectos.

En concreto, como regla general los procedimientos concursales no son reservados en ninguna de sus dos fases (pre-concursal y concursal), salvo en los procedimientos concursales ordinarios impulsados por un acreedor, donde la reserva dura hasta el fenecimiento de la fase pre-concursal. Por lo demás, se aplica el principio de transparencia para el acceso a la información concursal.

La regla general que acabamos de postular, no colisiona con la declaración de confidencialidad, que puede solicitar un deudor concursado y obrar en su expediente administrativo. De hecho, el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, concordante con el artículo 17 del TUO de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, prevé esta posibilidad cuando señala lo siguiente:

Decreto Legislativo N° 807

“Artículo 6.-

La información recibida por una Comisión, Oficina o Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, que constituya un secreto industrial o comercial, deberá ser declarada reservada por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal

respectiva. En tal caso la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal tomará todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información, bajo responsabilidad (...).”

De ese modo, si bien la regla general aspira a que los actores económicos estén suficientemente informados sobre la situación legal, contable, financiera y empresarial del deudor, no se soslaya el derecho que éste tiene de solicitar al Indecopi la declaración de confidencialidad de un secreto comercial o industrial, siempre que demuestre tal calidad⁶. De esa forma, salvo la información declarada confidencial, el resto de documentos e información obrante en el expediente no será reservado; por el contrario, en base a la transparencia que inspira los concursos, será de acceso público para cualquier acreedor.

Ahora, respecto al acceso a la información concursal, el numeral 1 del artículo 13 de la LGSC establece lo siguiente⁷:

“Artículo 13.- Acceso a la información concursal

1. *Los acreedores tienen el derecho de acceder a toda la información que requieran para tomar decisiones en los procedimientos concursales, sin perjuicio de las excepciones contempladas en la Constitución y en el marco legal vigente. Es obligación de los deudores y de las entidades*

6 Al respecto, pueden consultarse las disposiciones de la Decisión N° 486 de la CAN, o los Lineamientos sobre información confidencial aprobados por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

7 Hay que tener presente que el texto original del artículo 13 regulado en la Ley N° 27809, fue modificado por la Ley N° 28709. En un primer momento se habló del derecho de los acreedores de acceder a “información relevante”, luego al derecho de estos de acceder a “toda la información que requieran”. Sin embargo, la alusión siempre fue a los acreedores.

administradoras y liquidadoras brindar dicha información”.

La Sala nuevamente hace una lectura errónea de esta disposición, cuando señala que *“Conforme a lo expuesto, el derecho de acceder a la información referida al procedimiento concursal sólo puede ser ejercido por las partes intervinientes en el mismo, esto es, el deudor y los acreedores reconocidos por la Comisión”.*

Primero, en ningún lugar de la norma se menciona a los *“acreedores reconocidos por la Comisión”*, solamente a los *“acreedores”*. Entonces, la Sala, en vez de entender la norma en base a la transparencia, ausencia de reserva y acceso de información plena que debe ocupar la naturaleza del procedimiento concursal, hace todo lo contrario, y restringe la información solamente a los acreedores que fueron reconocidos por el Indecopi.

Bajo el criterio de la Sala, el expediente concursal es reservado desde un inicio, y durante todo el tiempo que lleve la fase de verificación y reconocimiento de créditos, hasta que esto se concrete, es decir, hasta que el Indecopi reconozca acreedores. De este modo, contradice el artículo 11 ya estudiado, el principio de transparencia y acceso a la información pública ya vistos previamente, y una de las finalidades esenciales del sistema concursal, la cual es reducir los costos de transacción, entre otras formas, a través de información plena que debe brindarse a los actores económicos que se relacionen con el concursado.

En segundo lugar, olvida que el concepto de *“acreedor”* regulado en el artículo 13 de la LGSC tiene una acepción en la propia norma. En efecto, el artículo 1 precisa que acreedor es cualquier *“Persona natural o jurídica, sociedades conyugales, sucesiones indivisas y otros patrimonios autónomos que sean titulares de un crédito”*. Como acertadamente señala Gagliuffi, *“El término “titular” debe ser*

interpretado no como un acreedor que cuente con un crédito reconocido por el INDECOPI, sino como cualquier acreedor que ostente tal posición frente al deudor como consecuencia de una relación de carácter patrimonial”⁸.

La Sala busca justificar su posición con la siguiente afirmación:

“Mientras los acreedores reconocidos por la Comisión ejercen al interior del concurso la titularidad de un conjunto de derechos y obligaciones frente al deudor y a los demás acreedores, situación jurídica derivada de su condición de sujetos perjudicados con la cesación de pagos del deudor, los terceros que no ostentan tal calidad no cuentan con legitimación alguna que los habilite a participar en el procedimiento, dado que carecen de un interés económico comprometido en la crisis patrimonial del deudor que merezca ser tutelado bajo las reglas del concurso”.

Esta afirmación es errada por cuanto no se puede hacer una división en el sentido, o eres acreedor reconocido, o eres un tercero, sustentando que los primeros tienen derechos y obligaciones frente al deudor, mientras los segundos carecen de interés económico que merezca ser tutelado por las reglas del concurso. Nada más falso.

Para empezar existen sujetos que forman parte de la masa de acreedores, pero no son acreedores reconocidos por el Indecopi, por lo que no integran la Junta de Acreedores. En este grupo tenemos, por ejemplo, a los llamados acreedores post concursales, esto es, acreedores cuyos créditos se originaron con posterioridad a la fecha de difusión del concurso de su deudor. Tan importantes son los créditos de este tipo de acreedores para efectos del concurso, que su concepto está

⁸ GAGLIUFFI, Ivo. Ley General del Sistema Concursal. Análisis Exegético. A cura a cargo de Juan Espinoza Espinoza y Paola Atoche Fernández. Editorial Rhodas. Lima, 2011, pp. 191.

regulado en el mismo artículo 1 de la LGSC, además de tener una regulación particular acerca de su forma de pago y cumplimiento en el artículo 16 de la LGSC⁹.

De igual manera encontramos al denominado acreedor contingente, esto es, a aquel sujeto cuyos créditos son materia de controversia judicial, arbitral o administrativa, conforme indica el artículo 39.5 de la LGSC. El titular de este crédito, conforme al artículo 39.6 podrá acudir a la Junta de Acreedores con derecho a voz, pero sin voto. Es más, el artículo 65.3 obliga que el Plan de Reestructuración, comprenda, bajo sanción de nulidad, todas las obligaciones del deudor (no sólo las acreencias reconocidas), debiendo establecer un régimen de provisiones de los créditos contingentes. Preguntamos, ¿Acaso el titular de un crédito contingente no está comprometido en la crisis patrimonial del deudor? ¿Acaso el titular de un crédito contingente no ha merecido una tutela bajo las reglas de la LGSC? Para la Sala, aunque parezca mentira, ni lo uno ni lo otro.

Otro caso también ejemplar para mostrar la debilidad del razonamiento de la Sala es el del acreedor concursal, que no fue reconocido por Indecopi por varias razones: (i) se apersonó tardíamente, (ii) está reconocido en los libros del deudor concursado, pero nunca se presentó, y (iii) su crédito es materia de impugnación ante la Sala como segunda instancia administrativa. ¿Acaso son terceros? ¿Acaso no tienen interés en la situación patrimonial del deudor? ¿Acaso la LGSC no regula nada acerca de ellos? Basta revisar los artículos 67.1, 69.3 y 88.8 de la

9 Sobre este importante tema puede consultarse a DEL ÁGUILA, Paolo. Créditos concursales vs. Créditos post concursales. Apuntes sobre el fuero de atracción y su incidencia sobre la formación del concurso. En: *Ius et Veritas* N° 28. Lima, 2004; y a ZARAGOZA, José Francisco. Los créditos concursales y post concursales y su pago en los procedimientos de reestructuración patrimonial y liquidación al amparo del Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI. En: *Advocatus* N° 6. Lima, 2002.

LGSC para verificar que la norma concursal sí los toma en cuenta¹⁰. Pero para la Sala estos acreedores no existen, en cualquier caso son meros terceros, por eso no tienen derecho a acceder a ninguna información del procedimiento concursal.

Hasta este punto queda demostrado que existen acreedores, distintos a los “*acreedores reconocidos*” de la Sala, que tienen intereses económicos comprometidos en la crisis patrimonial del deudor y que han sido merecedores de tutela por la normativa concursal; por ende, tienen todo el derecho a acceder a la información contenida en el procedimiento concursal, de acuerdo al artículo 13 de la LGSC.

Sin embargo, queda un último asunto que discutir, como es el referido a terceros que no guardan ninguna relación con el concursado, pero que pudieran tener un interés atendible para acceder a la información de aquél expuesta en su expediente.

10 “Artículo 67.- Efectos de la aprobación y del incumplimiento del Plan de Reestructuración

67.1 El Plan de Reestructuración aprobado por la Junta obliga al deudor y a todos sus acreedores comprendidos en el procedimiento, aun cuando se hayan opuesto a los acuerdos, no hayan asistido a la Junta por cualquier motivo, o no hayan solicitado oportunamente el reconocimiento de sus créditos.”

“Artículo 69.- Pago de créditos durante la reestructuración patrimonial

69.3 Los créditos originados antes de la publicación a que se refiere el artículo 32°, pero que no hubieren sido reconocidos por la autoridad concursal, serán pagados luego del vencimiento del plazo para el pago de los créditos reconocidos.”

“Artículo 88.- Pago de créditos por el liquidador

88.8 En caso de que se pagara todos los créditos reconocidos y hubieran créditos registrados en los libros del deudor que no hubieren sido reconocidos por la Comisión, deberán ser pagados de acuerdo al orden de preferencia establecido en el artículo 42°, consignándose su importe en el Banco de la Nación cuando el domicilio de los acreedores no fuere conocido.”

(El subrayado es agregado).

Los procedimientos concursales –sobre todo los que tienen esquemas reorganizativos– involucran distintos actores, además de los propios acreedores del concursado, muchos de los cuales terminan siendo determinantes a la hora de aprobar la reestructuración del negocio o el instrumento concursal de refinanciación. En ese orden de ideas, difícilmente vamos a encontrar acuerdos o instrumentos de reestructuración sometidos exclusivamente a la actuación de los acreedores reconocidos; por el contrario, muchos de ellos se sostienen en inversionistas interesados en adquirir acciones o activos de la empresa, o en actores económicos que desean comprar créditos a acreedores orientados por su afán de participar en las Juntas de Acreedores con capacidad decisoria, lo que incluso ha merecido una regulación especial en los artículos 141 y 142 de la LGSC¹¹.

Sobre el particular, es pertinente destacar una idea expuesta por Ezcurra quien sostiene que *“Constituye un problema adicional del nuevo criterio establecido el hecho de que con él se impide o dificulta (o en todo caso se encarece) el acceso a la información al expediente, por ejemplo, para potenciales inversio-*

nistas que no son parte del proceso (...) Si de lo que se trata es de reducir costos de transacción para facilitar acuerdos que contribuyan a maximizar el valor de negocios en crisis, para ello es esencial facilitar el acceso a la información sobre la real situación del deudor, y ello implica facilitar el acceso a dicha información tanto a los acreedores reconocidos, como a los acreedores no reconocidos, como a cualquier interesado, de ser el caso”¹².

Por lo antes expuesto, el precedente bajo análisis, al restringir la información a los “acreedores reconocidos”, termina actuando en contra de los derechos e intereses de recuperación de créditos de éstos, por cuanto limita el campo de acción a otros agentes económicos que pudieran proponer y ejecutar nuevas opciones para que el deudor salga de la crisis en provecho de la masa de acreedores. En cualquier caso, encarece los costos del concurso, en contrasentido a la finalidad postulada por el sistema concursal, ya que los inversionistas o terceros interesados no podrán acceder a información relevante para evaluar la conveniencia de su intervención en el concurso, o deberán solicitarla de manera indirecta a los acreedores reconocidos.

La información concursal –una vez puesta en el expediente– es un bien de muy difícil exclusión. Al contrario, los variados intereses (de acreedores reconocidos, contingentes, post concursales, tardíos, entre otros) que interactúan en el procedimiento concursal torna contraproducente este criterio de la Sala que, en vez de abrir la información a todo interesado en la empresa en crisis, termina ocultándola en “cuatro paredes”, encareciendo el acceso a ella y erosionando posibilidades reales de recuperación empresarial o maximización de resultados.

11 “Artículo 141.- Reducción de créditos y cambio de titularidad

- 141.1 El deudor deberá informar sobre cualquier reducción que se produzca en el monto de los créditos reconocidos.
- 141.2 Los acreedores titulares de créditos reconocidos deberán informar a la Comisión de cualquier cambio en la titularidad de dichos créditos.
- 141.3 La Comisión sancionará con multa de una (1) a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias, al deudor, al acreedor y a sus representantes legales, que no cumplan con las obligaciones establecidas en los numerales anteriores.”

“Artículo 142.- Alcances de la cesión o transferencia de créditos concursales

- 142.1 La cesión o transferencia de los créditos comprende la transmisión de los órdenes de preferencia, salvo pacto en contrario.
- 142.2 La vinculación concursal no se transmite con la cesión o transferencia de créditos reconocidos efectuada por un acreedor vinculado.”

12 EZCURRA, Huáscar. Los precedentes de observancia obligatoria emitidos por el INDECOPI en el año 2005, en materia de reestructuración patrimonial. En: Diálogo con la Jurisprudencia Nº 90. Lima, marzo 2006, p. 367.

Bajo este escenario, propondríamos una modificación legal del artículo 13 de la LGSC con la finalidad de despejar cualquier duda respecto a quiénes pueden acceder a la información concursal, estableciendo una regla general de acceso público al expediente en cuestión, en cualquiera de los procedimientos que se hubiere acogido, exceptuando la información declarada confidencial por el Indecopi. En tanto, la Sala de Procedimientos Concursales recientemente creada tiene la palabra.

CONCLUSIONES:

1. Nuestro ordenamiento jurídico –coherente con la idea de un Estado de Derecho– ha optado por la transparencia como regla básica para su actuación, consagrando en el texto constitucional –y desarrollado en legislación especial– el derecho fundamental de la persona a acceder, sin expresión de causa, a la información que posea cualquier dependencia estatal, cuyos funcionarios y servidores públicos están en la obligación de brindarla, bajo responsabilidad, salvo los casos especiales expresamente exceptuados por Ley.
2. Como regla general, el sistema concursal peruano apunta a reducir costos de transacción con la finalidad que los actores económicos puedan proteger mejor el crédito comprometido con la crisis del deudor. Bajo ese paradigma, el acceso a la información es muy importante y, por eso, el legislador ha cuidado que el procedimiento concursal sea público sin mayores restricciones.
3. Una restricción –temporal y específica, y acaso la única en materia de acceso a la información– es aquella prevista en el numeral 1 del artículo 11 de la LGSC, cuya finalidad es someter a reserva el trámite del procedimiento concursal ordinario cuando éste es requerido o postulado por un acreedor. Ello tiene lógica, dado que, cuando un acreedor solicita la declaración de concurso de su posible deudor, la situación acerca del estado concursado de este último es aún incierta.
4. Los procedimientos concursales no son reservados, en ninguna de sus dos fases (pre-concursal y concursal), salvo en los procedimientos concursales ordinarios impulsados por un acreedor, donde la reserva dura hasta el fenecimiento de la fase pre-concursal. Por lo demás, se aplica el principio de transparencia para el acceso a la información concursal.
5. La regla general aspira a que los actores económicos estén suficientemente informados sobre la situación legal, contable, financiera y empresarial del deudor, lo cual no soslaya el derecho que éste tiene de solicitar al Indecopi la declaración de confidencialidad de un secreto comercial o industrial, siempre que demuestre tal calidad.
6. La Sala hace una lectura equivocada del artículo 13 de la LGSC. En vez de entender la norma en base a la transparencia, ausencia de reserva y acceso de información plena que debe ocupar la naturaleza del procedimiento concursal, hace todo lo contrario, y restringe la información solamente a los acreedores que fueron reconocidos por el Indecopi. Olvida que existen acreedores, distintos a los “*acreedores reconocidos*”, que tienen intereses económicos comprometidos en la crisis patrimonial del deudor y que han sido merecedores de tutela por la normativa concursal; por ende, tienen todo el derecho a acceder a la información contenida en el procedimiento concursal, de acuerdo al artículo 13 de la LGSC.
7. El precedente bajo análisis, al restringir la información a los “*acreedores reconocidos*”, termina actuando en contra de

los derechos e intereses de recuperación de créditos de éstos, por cuanto limita el campo de acción a otros agentes económicos (inversionistas y terceros interesados) que pudieran proponer y ejecutar nuevas opciones para que el deudor salga de la crisis en provecho de la masa de acreedores. En cualquier caso, encarece los costos del concurso y erosiona posibilidades reales de recuperación empresarial o maximización de resultados.

8. Proponemos una modificación legal del artículo 13 de la LGSC con la finalidad de despejar cualquier duda respecto a quiénes pueden acceder a la información concursal, estableciendo una regla general de acceso público al expediente del concursado, en cualquiera de los procedimientos que estuviere acogido, exceptuando la información declarada confidencial por el Indecopi.